

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

E.A.P. DE DERECHO

**La Insuficiencia de la buena fé para tutelar a los
terceros en las adquisiciones a non domino**

la confianza como fundamento de la protección de la circulación
jurídica de los bienes

TESIS

para optar el título profesional de Abogado

AUTOR:

Guillermo Franklin Sierra Vásquez

ASESOR:

José Antonio Silva Vallejo

Lima – Perú

2011

A mis padres, por enseñarme a ser persistente y honesto en la vida; y por su invaluable contribución en mi formación personal y profesional.

ÍNDICE

Introducción	I-IV
--------------------	------

CAPÍTULO PRIMERO

Prolegómeno: el negocio jurídico sobre patrimonio ajeno y el sistema de transferencia de la propiedad

1. El problema del negocio jurídico sobre patrimonio ajeno	1
2. Categorías dogmáticas en los negocios jurídicos sobre patrimonio propio y ajeno: hacía un estudio de los conceptos jurídicos fundamentales	4
2.1. El poder o facultad de disposición: la polémica sobre el contenido del derecho de propiedad	5
2.1.1. El origen de la polémica	5
2.1.2. Posturas que señalan que la facultad de disposición no forma parte del contenido del derecho de propiedad	7
2.1.3. Posturas que señalan que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho de propiedad	12
2.1.4. El poder jurídico como situación jurídica abstracta y genérica. Crítica	14
2.2. Relevancia y eficacia de los actos de disposición: la transferencia de las situaciones jurídicas	19
2.3. La legitimación para contratar: concepto oculto o espejismo conceptual	22
2.4. La adquisición de derechos subjetivos: adquisición derivativa y adquisición originaria.....	28
3. El problema general de circulación jurídica de los bienes y el sistema de transferencia de la propiedad.....	32
3.1. Sistemas de transferencia de la propiedad	34
3.1.1. El sistema de unidad del contrato	34
3.1.2. El Sistema de separación del contrato.....	35
4. El sistema de transferencia de propiedad en el Perú	36
4.1. Sistema de transferencia de bienes muebles.....	38
4.2. Sistema de transferencia de bienes inmuebles	38

CAPÍTULO SEGUNDO

La buena fe y la confianza en la circulación jurídica de bienes

1. Consideraciones generales. La buena fe como principio general del Derecho	41
2. La buena fe subjetiva como categoría gnoseológica del Derecho..	44
3. La buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. Diferencias	47

4. La presunción de buena fe: ¿naturaleza constitutiva o impeditiva del hecho?	49
4.1. La presunción en general.....	50
4.2. Una presunción en particular: la buena fe	53
5. El problema de los límites de la buena fe.....	57
6. La buena fe y la posesión	59
7. La buena fe y la apariencia	64
8. La buena fe y la fe pública registral.....	66
9. La buena fe y la confianza	67
10. La buena fe y la adquisición <i>a non domino</i>	69

CAPÍTULO TERCERO

Estructura y función de la adquisición *a non domino*

1. El problema y el concepto de adquisición <i>a non domino</i>	70
1.1. Notas críticas sobre el dogma de la voluntad	72
1.2. La declaración de voluntad del <i>non dominus</i>	77
2. La adquisición <i>a non domino</i> en el derecho comparado.....	81
2.1. Código Civil francés (<i>Code Napoléon</i>)	81
2.2. Código Civil alemán (BGB)	82
2.3. Código Civil italiano (<i>Codice</i>)	84
3. La adquisición <i>a non domino</i> en el Código Civil peruano	85
4. Contrato, partes y terceros en las adquisiciones <i>a non domino</i>	86
5. El problema del título en las adquisiciones <i>a non domino</i>	90
5.1. Título de adquisición y la posesión.....	92
5.1.1. La regla “posesión equivale a título”	93
5.1.2. El justo título y la posesión cualificada.....	97
5.2. Título de adquisición y la apariencia	99
5.2.1. El heredero aparente (la apariencia hereditaria)	101
5.2.2. El simulado adquirente (la titularidad aparente)	103
5.3. Título de adquisición y la publicidad de derecho	106
6. Relevancia y eficacia de las adquisiciones <i>a non domino</i>	110
7. La confianza como fundamento de las adquisiciones <i>a non domino</i>	111

CAPÍTULO CUARTO

Límites y alcances de la adquisición *a non domino*

1. Los contratos prohibidos o ilícitos	114
1.1. Los alcances de la infracción penal en relación a las partes del contrato	117
1.2. El orden público, la propiedad y el contrato: interés en la Seguridad estática Vs. interés en la seguridad dinámica	118
2. La compraventa de bien ajeno como contrato típico. Validez de su objeto	121
2.1. Venta de bien ajeno y adquisición <i>a non domino</i> . Formación del justo título.....	125

3. Modalidades de adquisición de la propiedad distintas de la adquisición <i>a non domino</i>	127
3.1. Adquisición de bienes muebles en lugares abiertos al público. ¿Tutela del consumidor?.....	128
3.2. La denominada “conurrencia de acreedores” en la transferencia de la propiedad.....	130
3.3. Otros supuestos que no configuran una adquisición <i>a non domino</i>	133

CAPÍTULO QUINTO

La posesión, la apariencia y la fe pública registral en la adquisición *a non domino*

1. Adquisición <i>a non domino</i> en virtud de la posesión.....	135
1.1. Adquisición <i>a non domino</i> sin intervalo de tiempo.....	137
1.1.1. Adquisición <i>a non domino</i> mediante la regla posesión equivale a título (Art. 948 c.c.)	137
a) Elementos constitutivos.....	138
b) Análisis de la excepción a la regla.....	141
1.2. Adquisición <i>a non domino</i> con intervalo de tiempo.....	145
1.2.1. Adquisición <i>a non domino</i> mediante la usucapión abreviada (Art. 950 y 951 c.c.).....	146
1.2.1.1. Usucapión abreviada de bienes inmuebles	149
1.2.1.2. Usucapión abreviada de bienes muebles	150
1.2.2. La usucapión abreviada contra tabulas o contra el titular Registral	151
2. Adquisición <i>a non domino</i> en virtud de la apariencia.....	152
2.1. Adquisición <i>a non domino</i> del heredero aparente	152
2.2. Adquisición <i>a non domino</i> del adquirente simulado (titular aparente)	155
3. Adquisición <i>a non domino</i> en virtud de la fe pública registral	157
Conclusiones	162
Bibliografía	168

INTRODUCCIÓN

El fenómeno económico del intercambio y la circulación de bienes no puede sobrevivir o, por lo menos, prosperar sin la tutela del Derecho. Con la finalidad de que las personas se procuren bienes que pertenecen a otros, el Derecho establece reglas que impelen a los hombres a actuar de cierto modo mediante determinados procedimientos o formas jurídicas que se materializan por lo general en la figura del contrato. Sin embargo, la circulación de bienes no sólo puede operar *según el Derecho*, sino que también es posible una circulación *contra el Derecho*; estos dos tipos de circulación se evidencian claramente si contraponemos la venta al robo.

En efecto, resulta claro que, luego del robo, el ladrón no puede dar un título apto o hábil para la adquisición a su eventual comprador; pero ¿qué sucede si éste transfiere a un tercero de buena fe el mismo bien, y después este último lo transfiere, a su vez, a un subadquirente también de buena fe, produciéndose así una cadena de transferencias y adquisiciones? Hay aquí dos intereses que, por lo menos, merecen ser atendidos: el interés del subadquirente de buena fe de adquirir la cosa ajena y el interés del propietario despojado de conservar su propiedad. Ante tal situación, es legítimo preguntarse ¿es posible que una circulación inicialmente *contra el Derecho* pueda convertirse posteriormente en una circulación *según el Derecho*?

Se observa, entonces, que el fenómeno de la circulación puede generar no sólo conflictos de intereses entre las personas que constituyen los sujetos de la circulación, sino también entre éstos y terceros; los cuales si no fuesen compuestos o regulados por el Derecho, turbarían sin lugar a dudas el desarrollo del fenómeno e, incluso, lo volverían prácticamente imposible. Por ello, es necesario que la circulación opere a través de instrumentos o formas jurídicas previstas por el Derecho que permitan activar la tutela; pero es preciso que no sólo comprenda las situaciones normales del fenómeno, sino también, y sobre todo, aquellas situaciones de

conflicto. Así, entonces, se puede hablar válidamente de una circulación jurídica.

Ahora bien, la forma de circulación jurídica que aquí nos interesa examinar, es aquella concerniente específicamente a la circulación del derecho de propiedad que disciplina nuestro Código Civil, de manera que excluimos ex profeso el estudio de la circulación de otros derechos como los derechos de crédito, derechos reales derivados, etc. Asimismo, los conflictos de intereses que interesa resaltar, serán aquellos que surjan como consecuencia de actos de disposición de bienes ajenos, es decir, aquellos supuestos en los cuales el intercambio y circulación se da por el hecho de una persona distinta y extraña en relación con el titular del derecho de propiedad. Estos supuestos, por tanto, no se reducen a la figura del ladrón que pretende transferir el bien robado, sino que comprende, además, aquellos casos en el cual una persona que, no siendo propietaria ni teniendo el poder o la facultad de disposición sobre el bien, realiza, empero, un acto de transmisión de la propiedad a favor de otra.

Ante tales supuestos, nos preguntamos: ¿es posible que adquiera la propiedad aquella persona al cual le fue transferido el bien, aun cuando no le pertenecía al enajenante? Se pueden dar básicamente dos respuestas contrapuestas: por un lado, se puede sostener que sólo conservará la adquisición si el adquirente actuó de buena fe y, entonces, estaríamos ante una “adquisición *a non domino*”. Por otro lado, se puede argumentar que no ha habido ni puede haber adquisición alguna, toda vez que no ha existido manifestación de voluntad del titular del derecho y, por ende, el acto deviene nulo. En realidad, y en línea de principio, para poder arribar a una solución satisfactoria necesitamos recurrir al dato positivo, es decir, conocer y analizar las reglas que regulan la circulación de la propiedad, especialmente aquellas que nos muestran los criterios de solución para estos tipos de conflictos.

El presente trabajo en buena cuenta intenta examinar precisamente algunos de los problemas que plantean los actos de disposición o negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno, haciendo especial referencia a la denominada adquisición *a non domino*. Podemos decir, preliminarmente, que este término es una fórmula descriptiva que sirve para calificar el fenómeno por el cual un sujeto logra adquirir la propiedad de un bien aun cuando su transferente no era el legítimo propietario. Vale la pena entonces preguntarse: ¿Cuál es la razón de semejante posibilidad? ¿Cuáles son los criterios normativos para su reconocimiento y aplicación?

En nuestro país, los supuestos de adquisición *a non domino* aún no han sido estudiados de manera sistemática, que permita comprender no sólo el tratamiento de su estructura y su función, sino también de sus

alcances y sus límites. Esta situación conlleva comúnmente, y sin mayores esfuerzos, a sostener dos posiciones: a) asignar a la buena fe un rol fundamental como criterio de solución de conflictos que hace posible la adquisición (posición favorable); b) impedir la adquisición toda vez que presupone siempre la realización de un tipo penal: delito de estelionato (posición desfavorable). Permítasenos dudar, por lo menos, de las dos aseveraciones mencionadas; y, más bien, transformarlas en preguntas: ¿es suficiente la buena fe para tutelar las adquisiciones *a non domino*? ¿Es la buena fe límite y medida de la protección de los terceros adquirentes? ¿La conducta delictiva de sólo uno de los partícipes del acto impide irremediablemente una adquisición *a non domino*? ¿Cuáles son los alcances de la tutela?

Todas estas cuestiones serán discutidas a lo largo de este trabajo, el cual se divide en cinco capítulos. En el primer capítulo, abordamos sucintamente el problema general del negocio jurídico sobre patrimonio ajeno y nos centramos en algunos conceptos jurídicos fundamentales que se formularon a raíz de los actos de disposición de bienes ajenos, que intentaron explicar y justificar su posibilidad. Se hace referencia, en sentido crítico, a una vieja polémica acerca de si la facultad de disposición se adscribe o no al contenido derecho de propiedad, donde la primera postura sostiene que la facultad de disposición está fuera del derecho de propiedad y esto explicaría los actos de disposiciones de bienes ajenos; dado que, por regla, correspondería al propietario y, por excepción, a un tercero. Asimismo, se revisa la categoría denominada “legitimación para obrar”, en sentido sustancial, que permitirá explicar la validez estructural y la ineficacia funcional de los negocios sobre patrimonio ajeno. Por último, se analiza el fenómeno general de la circulación jurídica de bienes y el sistema de transferencia de propiedad en el Perú, lo que es de importancia para desarrollos posteriores.

En el segundo capítulo, se detiene a tratar el rol de la buena fe en nuestro sistema jurídico, especialmente en la circulación jurídica de bienes. Analizamos la buena fe como principio general y nos concentramos en el aspecto subjetivo de la buena fe o en la buena fe subjetiva. El estudio de la presunción y de los límites de la buena fe en sentido subjetivo da cuenta de la importancia de las razones de su especial tutela. Del mismo modo, intentamos explicar la relación de la buena fe con la posesión, la apariencia y la publicidad registral. Asimismo, se intenta establecer la relación entre buena fe y el principio de la confianza en las relaciones jurídicas, y, en especial, con las adquisiciones *a non domino*.

En el tercer capítulo, se parte de una crítica al dogma de la voluntad y su influencia hasta nuestros días que condicionan la posibilidad de las adquisiciones *a non domino*. Se hace un recuento compendioso

sobre los principales sistemas jurídicos como el sistema francés, alemán e italiano, para dar cuenta de la manera cómo fue reconocida en otros ordenamientos esta peculiar forma de adquisición. Seguidamente, se analiza la estructura de las adquisiciones *a non domino* y los elementos que la componen, según los supuestos que le da origen y en relación con el título de adquisición. Asimismo, se revisa la función de la buena fe y se muestra como punto de referencia de la tutela de los adquirentes la confianza que éstos han depositado en la regularidad del acto, sobre la base de elementos objetivos.

En el cuarto capítulo, tratamos el tema de los límites y los alcances de la adquisición *a non domino*, analizando el problema de los negocios o contratos prohibidos o ilícitos. Revisaremos el papel que juegan las normas penales en el actuar jurídico negocial y la suerte del contrato cuando una de las partes incurre en un ilícito penal. Analizamos la compraventa de bien ajeno como contrato típico y válido en cuanto a su objeto, así como la formación del justo título o título idóneo que permitiría configurar una adquisición *a non domino*. Asimismo, deslindamos algunos supuestos en los cuales no existe una verdadera adquisición *a non domino*, sino una adquisición *a domino*.

En el quinto y último capítulo, analizamos cada supuesto de adquisición *a non domino* de la propiedad reconocidos y plasmados en el Código Civil peruano de 1984. Asimismo, proponemos y realizamos una clasificación de las adquisiciones *a non domino* según elementos externos y objetivos como la posesión, la apariencia y la fe pública registral.

CAPÍTULO PRIMERO

PROLEGÓMENO: EL NEGOCIO JURÍDICO SOBRE PATRIMONIO AJENO Y EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

En este capítulo abordaremos algunas nociones preliminares y conceptos jurídicos fundamentales concernientes a los denominados negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno, que nos permitirá obtener precisiones útiles a efectos de poder manejar categorías claras en el transcurso de la exposición.

Luego, expondremos brevemente el tema de las transferencias de las situaciones jurídicas subjetivas, con especial referencia a la propiedad, cuyo tratamiento se hace indispensable para despejar dudas, incógnitas o prejuicios sobre las formas de circulación jurídica de la propiedad que reconoce nuestro sistema jurídico, que nos permita sentar algunas bases para desarrollos posteriores.

1. El problema del negocio jurídico sobre patrimonio ajeno

En cualquier sociedad, el intercambio y la circulación jurídica de bienes pueden generar no sólo conflictos de intereses entre los sujetos del intercambio, sino también muchas veces surgen conflictos entre éstos y terceros. Esto se observa mejor cuando se realizan actos de disposición sobre bienes ajenos, esto es, la circulación se produce no por un acto propio del propietario o de alguien autorizado por él, sino por una persona distinta y extraña: un *non dominus*¹.

¹ Hablamos de *non dominus* en referencia a aquella persona que no es titular del derecho de propiedad y no cuenta con facultad o poder de disposición (representación, mandato, etc.); y, sin embargo, realiza un acto de disposición en nombre propio (compraventa,

Un ejemplo puede aclarar la cuestión: “si *A* vende a *B* la cosa de *C*, la primera cuestión que se presenta es ésta: ¿la venta realizada por *A* produce respecto de *C* (propietario, tercero) el efecto de quitarle el derecho de propiedad que le corresponde sobre la cosa, y, por lo tanto, de dárselo a *B*? Resuelta negativamente tal cuestión, surge otra: ¿una vez que *B* (parte) no llega a ser propietario, está obligado o no al pago del precio? Ascendiendo de las consecuencias a las causas: ¿qué valor tiene el negocio de *A* y *B* respecto de *C*? y, luego, ¿qué valor tiene el negocio entre *A* y *B*, es decir, entre las partes?”². Este es el problema general del negocio jurídico sobre patrimonio ajeno.

Históricamente, los negocios sobre patrimonio ajeno, como la venta de bien ajeno, fueron tratados por la ley como negocios improductivos de cualquier efecto jurídico. Se rechazaba cualquier intromisión en la esfera jurídica ajena, pues se seguía rígidamente el dogma de la voluntad. Este dogma era una de “las reglas fundamentales del derecho natural, según la cual cada sujeto es soberano en la esfera de sus derechos subjetivos; de modo que, por un lado, ningún tercero puede disponer eficazmente de esos derechos, y, por otro lado, nadie puede ser vinculado (o sea, puede obligarse, o puede sufrir los efectos de un acto de disposición), sino en virtud de un propio acto libre de voluntad”³.

En efecto, bastaría con remontarse al Código Civil francés de 1804 para observar que la venta de cosa ajena fue sancionada – y literalmente sigue vigente⁴ – con nulidad.

En este contexto, nuestro país no fue ajeno a tal tendencia, pues el Código Civil de 1852 había establecido una norma distinta al modelo francés, pero dirigido al mismo fin: rechazar cualquier eficacia a la venta de bien ajeno. Así, por ejemplo, se estableció en el artículo 1326 que “no hay venta de lo ajeno, ni venta de lo propio”; y en el artículo 1327 se dispuso que “si se vende lo ajeno, el comprador no adquiere el dominio, sino la posesión, o la

donación, o cualquier otra modalidad que importe transferencia de la propiedad según nuestro Código civil) a favor de otra persona que designaremos como tercero.

² CARIOTA FERRARA, Luigi, *I Negozi sul Patrimonio Altrui, con Particular Riguardo alla Vendita di Cosa Altrui*, Padova, Cedam, 1936, p. 8.

³ SACCO, Rodolfo, voce *Affidamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 661, quien agrega que “el derecho natural afirma con energía la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, y la regla según la cual la voluntad es el elemento esencial del acto jurídico” (*Cit.*).

⁴ Sin embargo, fue gracias a la labor de la doctrina y la jurisprudencia francesa que se diferenció entre nulidad absoluta y nulidad relativa, para establecer que la nulidad prevista en el *Code* era una nulidad relativa toda vez que sólo al comprador – y no al vendedor – le corresponde la acción de impugnación de la venta; e, implícitamente, vino considerada como simple anulabilidad (ver: CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Op. Cit.*, p. 260, nota al pie 3).

mera tenencia de que hubiese gozado el comprador”. Pero las reglas hubieron de evolucionar en los dos sucesivos códigos, conforme cambiaba la realidad histórico-social⁵.

Así, el Código Civil de 1936 había dispuesto en el artículo 1394 que “la venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios”. Vale decir, se optó por la invalidez del contrato, pero bajo la forma de anulabilidad que importaba el despliegue de efectos jurídicos, pero precarios, hasta que venga anulado mediante sentencia judicial firme.

Nuestro actual Código Civil de 1984, en cambio, fue más allá y reconoció, a diferencia de los códigos anteriores, la validez del contrato que recae sobre bienes ajenos (artículo 1409, inc. 2). Asimismo, se ha regulado el contrato de compraventa de bien ajeno (artículos 1539, 1540 y 1541), por lo que puede considerarse como un contrato típico en nuestro régimen contractual.

En tal sentido, podemos apreciar claramente que en el Derecho peruano, en materia de negocios sobre patrimonio ajeno, ha habido un giro de ciento ochenta grados, que va desde su desconocimiento o rechazo hasta su reconocimiento y validez formal.

No obstante, sería erróneo pensar que antiguamente los negocios sobre patrimonio ajeno eran totalmente irrelevantes y que el dogma de la voluntad era absolutamente rígido, porque ya existía en la época anterior al *Code* una excepción a la regla de la indisponibilidad de derechos ajenos, según el dogma de voluntad. En efecto, el antiguo aforismo romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁶ (*nadie puede disponer más de lo que tiene*), que luego fue recogido y puesto como principio por el derecho natural, tuvo como excepción una conocida regla de origen germánico practicado en las antiguas provincias francesas: *en fait de meubles, la possession vaut titre* (*en materia de muebles, la posesión equivale a título*).

La regla posesión equivale a título, tal como se la conoce hoy, tenía como objeto solucionar el típico problema del negocio sobre patrimonio ajeno, pero limitándose exclusivamente a los bienes muebles. Originariamente consistía “en reputar propietario a todo poseedor de buena fe de una cosa mueble, a la manera como se considera dueño de un

⁵ Esto lo veremos en el capítulo tercero.

⁶ Que fue tomado naturalmente del Derecho romano. Ver: D. 50, 17, 54.

inmueble al adquirente cuyo derecho está inscripto en el libro inmobiliario”⁷. Pero actualmente la regla viene considerada más específicamente como un modo de adquisición originaria de la propiedad mobiliaria, una adquisición *a non domino*, cuya operatividad está condicionada básicamente a los requisitos de buena fe y posesión.

Se puede apreciar, entonces, que en el pasado los negocios sobre patrimonio ajeno no tenían una absoluta irrelevancia en los contratos de intercambio. La razón de aquella excepcional regla se debe fundamentalmente a consideraciones económicas y a los cambios de las condiciones histórico-sociales que hacen posible muchas veces la introducción de un cambio de cierto paradigma: el dogma de la voluntad. En efecto, la regla posesión equivale a título, precisamente, hizo venir a menos la voluntad del propietario como fundamento de la circulación de lo bienes.

Pero ¿cómo se explica que un no propietario pueda transferir un bien que no le pertenece? La doctrina, inicialmente, para resolver este problema, había puesto su atención en consideraciones exclusivamente dogmáticas, antes que económicas o sociales. Por ello, para explicar el fenómeno de la disposición del no titular se aferraron al concepto mismo de facultad de disposición, que junto a la facultad de goce, constituía uno de los atributos del derecho de propiedad. De manera que se llegó a concebir la facultad de disposición separada del contenido del derecho de propiedad, puesto que así podría explicarse la disposición tanto del propietario como de un tercero.

La relevancia de tal planteamiento y de su desarrollo, así como de su crítica, nos permitirá establecer y aclarar algunos conceptos jurídicos fundamentales en materia de negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno, que nos servirán para desarrollos posteriores.

2. Categorías dogmáticas en los negocios jurídicos sobre patrimonio propio y ajeno: hacía un estudio de los conceptos jurídicos fundamentales

La doctrina en su afán de conocer mejor las instituciones y normas jurídicas ha elaborado conceptos que permitan comprender y sistematizar los diversos fenómenos jurídicos en su devenir, tales como el nacimiento, la modificación y la extinción de los derechos subjetivos. Se ha afirmado, por tanto, que en general “para cumplir su típica función, las ciencias particulares normalmente recurren a hipótesis y, a menudo, introducen conceptos que permiten comprender, si no sistematizar, un grupo de fenómenos; o describir,

⁷ SALEILLES, Raymond, *La Posesión de Bienes Muebles, Estudios de Derecho Alemán y de Derecho Francés*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 104.

si no explicar, algunos fenómenos [...]; pero, la ciencia jurídica, antes que a hipótesis recurre a esquemas conceptuales (pero a menudo se contenta con simples palabras), pues el carácter preceptivo del ordenamiento jurídico rechaza cualquier intento de sistematización o de interpretación sobre bases meramente hipotéticas”⁸.

Uno de aquellos esquemas conceptuales es precisamente el poder o facultad de disposición.

2.1. El poder o facultad de disposición: la polémica sobre el contenido del derecho de propiedad

Tal vez no exageremos si decimos que el surgimiento del problema sobre el poder de disposición fue el resultado de la profundización de los estudios de importantes fenómenos como la representación, la ejecución forzada, la expropiación y las adquisiciones *a non domino*; los cuales tenían en común un acto no proveniente del titular del derecho, pero capaz de producir la pérdida del derecho mismo para éste y una adquisición a favor de otro sujeto. De este modo “tal constatación produjo un doble efecto: suscitó, por un lado, la preocupación de restituir por otra vía el *poder*, que fatalmente venía a perder el titular del derecho; por otro lado, la preocupación de dar una base a aquellas que aparecían como *disposiciones* de sujetos extraños al derecho mismo”⁹.

Ante tal situación, el problema se centró en una revisión del concepto de facultad disposición que terminó en una polémica que ha dejado huella y ha calado, incluso, hasta nuestros días. La disputa se inició cuando la facultad de disposición fue separada del contenido del derecho de propiedad, de manera que no sólo el propietario podía ostentarla, sino cualquier tercero. Con el tiempo, tal postura fue modificada, pero se perdió de vista el problema inicial que le dio origen. Veamos.

2.1.1. El origen de la polémica

La idea según la cual la facultad de disposición está separada del contenido del derecho de propiedad, hasta donde conocemos, fue propuesta por primera vez por Augusto Thon, quien puso en duda la posibilidad de

⁸ PUGLIATTI, Salvatore, *Considerazioni sul Potere di Disposizione*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1940, p. 518.

⁹ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.* p. 519.

adscribir la facultad de disposición al contenido del derecho de propiedad, tal como lo venía haciendo en ese entonces la doctrina dominante¹⁰.

La tesis de Thon ofrecía el siguiente razonamiento: “la disposición de parte del propietario transfiere la propiedad. Esta última es objeto de la disposición. La fuerza que transfiere la propiedad, por tanto, no puede ser un elemento de ésta; ella debe residir fuera de la propiedad. Lo que viene transmitido no puede ser al mismo tiempo lo que se transmite. Yo podría lanzar lejos una piedra, pero ninguno me dirá que haya sido la piedra que me dio la fuerza para lanzarla. La fuerza preexistía, la piedra ofrecía sólo el objeto de su aplicación. Ciertamente un objeto era requerido para el lanzamiento, sin éste la fuerza no se habría manifestado nunca”¹¹. Según Thon, entonces, la fuerza no puede residir en el objeto, sino en un ente externo. La facultad de disposición (lo que transmite) es precisamente esa fuerza externa y la propiedad (lo que se transmite) es el objeto al cual se la aplica. Por tanto, la facultad de disposición no puede formar parte del contenido del derecho de propiedad.

No obstante, sería erróneo considerar aisladamente este argumento sin tener en cuenta la particular concepción que el mismo autor tenía sobre el derecho subjetivo y la facultad de goce¹². Así, para Thon el derecho subjetivo no era el interés jurídicamente protegido (definición de Ihering), sino la protección de dicho interés, pues había sostenido que “un derecho no es un interés que viene protegido, sino es el mismo el medio de protección del interés”¹³; es decir, el derecho “surge, para el (sujeto) tutelado por las normas, por disposición del derecho objetivo, según la cual, en el caso de transgresión de las mismas normas, viene asegurado a el (sujeto) un medio, la pretensión, con el fin de realizar lo que había sido ordenado o de remover lo que había sido prohibido”¹⁴. Por tanto, para Thon, por ejemplo, “el propietario de una cosa es aquel que está protegido por normas contra el goce de la cosa por parte de terceras personas en un ámbito relativamente más amplio posible. Propiedad en el sentido de derecho de propiedad designa la tutela así asegurada”¹⁵.

Además, coherentemente con la idea de derecho subjetivo, Thon no sólo excluyó la facultad de disposición del contenido del derecho de

¹⁰ Hay que tener en cuenta que la doctrina dominante contra la que se enfrentó Thon estaba integrada por juristas de la talla de Windscheid, Ihering, Arndts, Bruns, etc.

¹¹ THON, Augusto, *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo, Indagini di Teoria Generale del Diritto*, Padova, Cedam, 1951, p. 319.

¹² Según la cual “el goce del bien jurídicamente protegido no entra nunca en el contenido del derecho” (ver: THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 279).

¹³ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 207.

¹⁴ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 206-207.

¹⁵ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 163.

propiedad, sino también la misma facultad de goce, pues llegó a afirmar que “el goce del bien jurídicamente protegido es fin, no contenido del derecho”¹⁶, y sostuvo también que “el ordenamiento jurídico, de regla, no cuida ni del goce de los bienes, ni del sí ni del cómo del goce. Su tarea es quitar del medio los obstáculos para el eventual goce que otras personas se anteponen indebidamente al (goce) mismo”¹⁷.

En consecuencia, para Thon ni la facultad de goce ni la facultad de disposición forman parte del contenido del derecho de propiedad.

A pesar de la particular concepción acerca del derecho subjetivo, Augusto Thon ejerció una notable influencia en la doctrina, especialmente en torno a la idea de separar la facultad de disposición del contenido del derecho de propiedad. En efecto, esta idea fue retomada luego por diversos autores italianos como Giuseppe Chiovenda, Luigi Cariota Ferrara, Francesco Ferrara, Salvatore Romano, entre otros, quienes la desarrollaron con diversos argumentos, así como por Santi Romano quien desarrolló la idea de una manera más original. Sin embargo, hubieron juristas que rechazaron semejante postura, y partiendo del estudio de sus propias instituciones jurídicas arribaron a la idea contraria, sosteniendo que la facultad de disposición se encontraba contenida dentro del derecho propiedad, dentro de los cuales podemos mencionar a Salvatore Pugliatti, Luigi Mengoni, Ugo Natoli, Francesco Messineo, entre otros.

2.1.2. Posturas que señalan que la facultad de disposición no forma parte del contenido del derecho de propiedad

En un primer momento, la tesis de Thon fue aceptada por varios juristas, quienes desarrollaron la idea limitándose a aplicarla a casos específicos. Es el caso del ilustre procesalista germanófilo Giuseppe Chiovenda, quien luego de examinar y estudiar el fenómeno de la expropiación forzada había concluido que “la expropiación propiamente dicha, en sus formas de expropiación por utilidad pública, o de expropiación forzada de bienes del deudor, consiste pues esencialmente en una *expropiación de la facultad de disposición*”¹⁸. Con lo cual se pretendía dar un fundamento y una razón práctica a la separación de la facultad de disposición del derecho de propiedad.

¹⁶ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 305.

¹⁷ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 283.

¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Sulla Natura dell'expropriazione Forzata*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Volume III, Parte I, Padova, Cedam, 1926, p. 90, quien afirmaba que “la expropiación no tiene por tanto como su objeto inmediato el derecho del titular” (*Cit.*).

En un segundo momento, la idea fue desarrollada de manera general y sistemática gracias a la labor del profesor Luigi Cariota Ferrara, quien puso especial énfasis en el estudio de los negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno.

Este autor centró su atención en el concepto de poder de disposición partiendo de una sutil diferencia sobre la base de hipótesis normales e hipótesis excepcionales de actos de disposición jurídicamente relevantes. Así, distingue el *poder sobre el patrimonio propio* (coincidencia entre el sujeto del negocio y titular del patrimonio objeto de disposición) del *poder sobre el patrimonio ajeno* (no coincidencia entre el sujeto del negocio y titular del patrimonio objeto de disposición); de manera que “se tiene *poder sobre el patrimonio propio* en el sentido que cada uno puede, por regla, vender la cosa propia, adquirir un derecho, asumir una obligación para sí, y de *poder sobre el patrimonio ajeno* (que por regla no se tiene y excepcionalmente se tiene) en el sentido que no está dado o está dado vender la cosa ajena, crear una obligación para otro, hacerle adquirir un derecho, etc.”¹⁹.

Asimismo, distingue entre *poder de disposición* y *facultad de disposición*: el primero (poder de disposición) correspondería, por regla, a cada titular respecto de su propio patrimonio y, por excepción, a una persona respecto de un patrimonio ajeno²⁰ (verbigracia: la disposición realizada por el heredero aparente y por el adquirente de un negocio simulado, adquisiciones *a non domino*, etc.); el segundo (facultad de disposición) correspondería a un no titular quien, sin embargo, en virtud de una autorización legal o voluntaria tiene la facultad de ejercitar una influencia sobre el patrimonio ajeno²¹ (verbigracia: la representación voluntaria y legal, la gestión de negocios, etc.).

En este orden de ideas, Cariota Ferrara pudo advertir que en los casos examinados “presupuesto necesario para que un negocio sea relevante respecto a un patrimonio es que el sujeto del negocio tenga el

¹⁹ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Op. Cit.* p. 32, nota al pie 14.

²⁰ CARIOTA FERRARA, Luigi, *Op. Cit.*, p. 57, quien advierte que existen “algunos casos en los que los negocios celebrados por una persona son relevantes para otra, no teniendo la primera persona ni por ley ni por apoderamiento o autorización la facultad de disponer sobre el patrimonio ajeno.

La relevancia que se presenta en tales casos es a veces idéntica a la de los negocios sobre el patrimonio propio, en el sentido que los negocios celebrados sobre el patrimonio ajeno producen los efectos normales como si se hubiesen realizado sobre el propio patrimonio” (*Cit.*).

²¹ CARIOTA FERRARA, Luigi, *Op. Cit.* p. 44, pues “tal facultad indica la autorización, la juridicidad o mejor la licitud de la acción, contrapuesta a la ilicitud.

Para nosotros, la facultad nada da o quita al negocio del no titular respecto a la relevancia del negocio sobre el patrimonio ajeno; sino sólo le otorga del carácter de licitud” (*Cit.*)

poder de disposición sobre el patrimonio mismo”²². Así, entonces, el poder de disposición viene a ser el elemento determinante que produce y explica las transferencias sobre patrimonio propio y ajeno.

Estas ideas llevarán al autor a sostener que “si el presupuesto de la relevancia de un negocio sobre un patrimonio es el poder de disposición, este, cuando compete a otro sujeto, no puede considerarse un simple poder de hecho”²³. En consecuencia, la existencia de una relación de poder entre este sujeto y el patrimonio ajeno, relación que la ley crea cuando sanciona, en forma excepcional y bajo algunas condiciones, con plena y directa relevancia del negocio realizado por un sujeto para el patrimonio de otro sujeto, permite considerar, en consecuencia, que el no titular tiene en casos excepcionales un poder jurídico de disponer el derecho ajeno²⁴.

En tal sentido, el poder de disposición viene considerado como una entidad conceptual autónoma que permite, por regla, al titular de un patrimonio practicar actos de disposición sobre sus propios bienes y, en forma excepcional, permite a una persona disponer de un bien ajeno en determinadas condiciones²⁵. Sin embargo, desde ya, podemos advertir que concebir un semejante poder excepcional y condicionado genera serias dudas sobre su pretendida autonomía.

Francesco Ferrara criticó duramente las tesis de Cariota Ferrara, pues llegó a afirmar que “toda esta elucubración del poder jurídico del no titular es una artificiosa exageración fruto de apriorismo. En efecto, el razonamiento del autor es esto: toda vez que la relevancia del negocio presupone el poder de disposición, de ello deriva que en todos estos casos el no titular tiene un poder de disposición. En cambio, es obvio observar que la relevancia de la disposición de cosa ajena no depende nunca de un poder de disposición, sino que se actúa siempre *sin este poder*. Es la ley con su fuerza *que dispone* del derecho ajeno, determinando su suerte jurídica, según las circunstancias y por una valoración de los diversos intereses en conflicto”²⁶. Así, viene descartado entonces que el poder de disposición como tal justifique y explique la enajenación de un derecho ajeno por parte de un no titular, y se atribuye al poder de disposición una autonomía y una utilidad

²² CARIOTA FERRARA, Luigi. *Op. Cit.* p. 43.

²³ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Op. Cit.* p. 74.

²⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi. *Op. Cit.* p. 75.

²⁵ En efecto, a pesar que el autor reconoce que la ley tiene en cuenta otros elementos para la transmisión de la propiedad en estas situaciones excepcionales (buena fe, onerosidad, inscripción registral, etc.), se mantendrá en su posición de que la real causa de la enajenación de bienes ajenos es el poder de disposición.

²⁶ FERRARA, Francesco, *Scritti Giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1954, p. 424.

conceptual limitada sólo dentro de la esfera jurídica patrimonial del propio titular²⁷.

En tal sentido, Ferrara postuló una fórmula distinta – pero aún bajo la influencia de Thon - afirmando que “cuando el sujeto puede válidamente realizar el traspaso de un derecho en fuerza de su voluntad, se dice que él tiene el poder de disposición. Pero, ¿cómo se comporta este poder con el derecho subjetivo que viene enajenado, y en qué se sustancia este poder? Que la facultad de disposición sea contenida en el derecho subjetivo es contradictorio, porque no puede la fuerza del transferente que opera sobre un objeto, ser considerada como parte constitutiva del mismo objeto.”²⁸ De esta manera concluye que “poder de disposición y derecho subjetivo se comportan entre ellos como *la fuerza propulsiva* de la persona con *el objeto* sobre el que esta fuerza se aplica”²⁹, indicando que la fuente de la que emana dicha fuerza no podría ser otra que la capacidad jurídica³⁰.

Alejándose de la idea fundamental de Thon y con su sello particular, Santi Romano construye una categoría genérica de poder jurídico que englobaría una serie de poderes específicos, siendo una de ellas precisamente el poder o facultad de disposición. Para ello, parte de la necesidad de tener claras las nociones de diversas figuras subjetivas (derecho subjetivo, potestad) y su conexión entre ellas; reconociendo que tal tendencia es producto de la denominada jurisprudencia de conceptos. De manera que empieza por delinear el concepto de poder jurídico o de poderes jurídicos como figuras distintas de otras situaciones jurídicas, especialmente del derecho subjetivo.

Así, señala que “poder en sentido estricto (o potestad) y derecho subjetivo están comprendidas en el *commune genus* de los poderes en sentido lato, atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o a intereses por este protegidos, y ambas serían por consiguiente manifestaciones y ejercicios de capacidad; sin embargo, el primero se desarrollaría en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos

²⁷ FERRARA, Francesco, *Op. Cit.*, p. 440. El autor fue claro al respecto y sentenciará que “la fuerza de disposición del individuo no se extiende más allá de la periferia de la propia esfera jurídica”(cit.).

²⁸ FERRARA, Francesco, *Op. Cit.*, p. 436. Retomando y ampliando el ejemplo de THON señaló que: “Lanzada una piedra, no se puede lanzar la misma piedra, pero esto no significa que la persona no tenga la facultad de lanzar otras piedras de su pertenencia. La facultad de disposición es una *potestad abstracta*, que se actúa concretamente sobre este o sobre aquel objeto, venido a menos uno lo sustituye otro; pero ella permanece siempre como fuerza constante del sujeto. No es que en tal caso falta el poder de disposición, sino falta un determinado objeto, sobre el cual el poder de disposición actúa lanzándolo sucesivamente” (cit.).

²⁹ FERRARA, Francesco, *Op. Cit.*, 437.

³⁰ FERRARA, Francesco, *Op. Cit.*, 438.

individualmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y por tanto no sería correlativo a deberes; mientras el derecho subjetivo se desarrollaría siempre en una concreta y particular relación jurídica o con una determinada cosa o hacia determinadas personas que viceversa tendrían deberes correlativos”³¹.

En fin de cuentas, toda su argumentación está encaminada a demostrar que el poder jurídico es anterior y externo a cualquier relación jurídica. Si bien en algunos casos el poder se puede ejercer en relación a una específica relación jurídica como en el caso del derecho potestativo, también es cierto que sin su ejercicio no se crearían derechos y obligaciones y, por consiguiente, en estos casos el derecho potestativo siempre será anterior y externo al surgimiento de deberes y derechos³². Asimismo, afirmó que el poder jurídico tiene su fuente en la ley que condiciona su existencia³³; y que la capacidad general y especial no son más que presupuestos para su ejercicio³⁴.

Finalmente, sostuvo que el poder jurídico se manifiesta concretamente en el poder negocial, el poder de adquisición (ocupar una *res nullius*) y el poder de disposición³⁵.

³¹ ROMANO, Santi, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, Giuffré, 1983, p. 173-174, quien agrega luego que: “el poder es general, como se ha visto también en los casos en que se ejercita, permaneciendo único e inagotablemente idéntico, es decir, no se resuelve en tantos poderes distintos como casos hay, que son indefinidos” (*Op. Cit.*, p. 190).

³² ROMANO, Santi. *Op. Cit.*, p. 184, quien además sostiene que “no se necesita considerar que de las mismas relaciones sea un elemento del poder del cual derivan. El poder es su antecedente o, si se quiere, su fuente y su título, cuando apenas hayan surgido, ellas quedan alejadas, adquiriendo una propia figura y una propia vida. En otros términos, el poder podrá, en algunos casos, generar la relación donde el deber es un elemento, junto al derecho correlativo, pero el padre precisamente porque tal no es el hijo” (*Cit.*).

³³ ROMANO, SANTI. *Op. Cit.*, p. 196: “los poderes surgen siempre sobre la base de la ley, aunque a primera vista se tenga la impresión que sean conferidos por el acto no legislativo del cual la calificación deriva. En verdad su fuente es siempre la ley, que condiciona su existencia a la posesión de cierta cualidad jurídica, en cualquier modo esta sea adquirida” (*Cit.*).

³⁴ ROMANO, SANTI. *Op. Cit.*, p. 202.

³⁵ ROMANO, SANTI. *Op. Cit.*, p. 194-198; CASTRO TRIGOSO, Nelwin. *¿El contrato sólo crea obligaciones? a propósito de los trabajos de reforma del código civil*, en *Cathedra Discere*, Lima, 2002, p. 218.

2.1.3. Posturas que señalan que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho de propiedad

En este contexto, Salvatore Pugliatti tuvo ocasión de pronunciarse sobre (o, mejor dicho, contra) la idea del poder de disposición como una facultad externa y autónoma al contenido del derecho de propiedad, señalando que en realidad “la facultad de disposición es el reflejo subjetivo de la idoneidad del derecho para ser transferido, y por lo tanto, para formar parte del contenido del derecho mismo; la facultad de disposición no se trueca con la energía por medio de la cual se actúa la transmisión, que es la voluntad del sujeto, debidamente manifestada, y capaz de dar nacimiento a un negocio traslativo”³⁶; por ello, es erróneo considerar que “la autonomía de la facultad de disposición, según los sostenedores de la tesis por nosotros combatida, estaría demostrada por el hecho de que, en algunos casos taxativamente regulados por ley, se puede notar una escisión entre la cualidad de titular del sujeto y la del sujeto capaz de disponer del derecho”³⁷.

Para demostrar, según Pugliatti, la existencia de un pretendido poder de disposición se debe partir de una análisis de las hipótesis normales (disposición sobre patrimonio propio) y excepcionales (disposición sobre patrimonio ajeno) de transferencia de derechos³⁸ y así averiguar si existe un fundamento técnico para su configuración.

En las hipótesis excepcionales, en las que la transferencia del derecho se da en virtud de un acto de disposición por una persona o ente diverso de su titular, pero legalmente investida por el Estado, Pugliatti demostró que dicha transferencia no derivaba de la facultad de disposición, sino que operaba a través de un poder propio que se concede al órgano público en su calidad de órgano estatal³⁹. Por ello, existe un poder jurisdiccional para la ejecución forzada de los bienes del deudor y existe un poder administrativo para la expropiación de bienes por necesidad pública⁴⁰.

Asimismo, en los casos en los que se ejerce la facultad de disposición por persona diversa de su titular, donde no existe una investidura legal, sostuvo que en realidad el ejercicio arbitrario del pretendido poder de disposición del no titular (heredero aparente, simulado adquirente, etc.) no es

³⁶ PUGLIATTI, Salvatore, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, México D.F., Porrúa Hnos. y Cia., 1943, p. 200.

³⁷ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*

³⁸ PUGLIATTI, Salvatore, *Considerazioni sul Potere di Disposizione*, Cit., p. 522: “Si en los casos excepcionales o normales, que serán examinados, no se verificaran los caracteres generales indicados, se deducirá entonces que no puede hablarse de un poder de disposición, el cual deberá considerarse como inexistente” (Cit.).

³⁹ PUGLIATTI, Salvatore, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, Cit., p. 201.

⁴⁰ PUGLIATTI, Salvatore, *Considerazioni sul Potere di Disposizione*, Cit., p. 524.

la causa de la transferencia, pues ella ocurre en virtud de una hipótesis normativa compleja que resulta de la configuración de elementos como la buena fe, onerosidad, tradición que impone la protección de los terceros adquirentes⁴¹.

En las hipótesis normales, en las que la transferencia del derecho se da en virtud de un acto de disposición del propio titular del derecho, no se aprecia tampoco que la transferencia se produzca en virtud de la facultad de disposición. En efecto, si se parte de la premisa de que el poder o facultad de disposición deriva o emana de la relación de pertenencia del derecho subjetivo a un determinado sujeto, simplemente se reduciría a expresar una elemental verdad: “que todo sujeto puede, mediante la realización de negocios jurídicos, comprometer sólo la propia esfera patrimonial y no aquella de otro sujeto”⁴².

Por tanto, concluye que en honor a la verdad “no es el poder del sujeto (derecho subjetivo) la causa del traspaso del derecho. El traspaso tiene lugar en virtud del acto de voluntad del titular (negocio jurídico), y la existencia del derecho vale únicamente para conferir al acto dispositivo del transferente carácter de legitimidad”⁴³.

En la misma línea, Luigi Mengoni sostuvo que la facultad de disposición es un mera posibilidad objetiva “que surge para la persona investida de aquella especial relación con determinado derecho subjetivo, como efecto reflejo del ordenamiento jurídico, en cuanto la producción concreta de la modificación dispositiva está condicionado por el ordenamiento a la verificación de una hipótesis normativa, en cuya estructura la misma relación juega el rol de requisito de eficacia del acto de disposición”⁴⁴.

En efecto, para Mengoni, la eficacia de todo acto dispositivo no reside en un poder de disposición, sino, más bien, en un presupuesto de eficacia que es la titularidad del derecho del disponente, el cual viene considerado como integrante de la hipótesis normativa que condiciona la modificación jurídica, y, por consiguiente, la adquisición del derecho.

⁴¹ Así, se afirma que “el acto dispositivo del no titular debe ser considerado, donde se verifique, como un simple elemento de hecho que junto con otros elementos de hecho, constituye una hipótesis normativa compleja, la cual es en su conjunto, el verdadero y único hecho adquisitivo del derecho” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 529).

⁴² PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 533.

⁴³ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 540.

⁴⁴ MENGONI, Luigi, *L'Acquisto “a non domino”*, Milano, Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1949. p. 28-29.

Ugo Natoli, en cambio, sostiene que la relevancia y eficacia de un acto de disposición de un derecho “está subordinada: a) a la titularidad derecho del autor del acto; b) a una particular cualidad del derecho, es decir, a su “disponibilidad” y, por ende, a la existencia de su contenido de una facultad de disposición”⁴⁵.

Por tanto, según el autor, no se debe confundir la facultad de disposición con el acto de disposición⁴⁶, toda vez que “la primera – propiamente como expresión del (contenido del) derecho subjetivo – no se puede considerar como una “fuerza”, representando sólo una situación virtual del sujeto, es decir, la jurídica posibilidad de asumir cierto comportamiento y, por ende, una actividad meramente eventual. “Fuerza” es, en cambio, la voluntad a través del cual aquella virtualidad se concretiza y deviene en acto. La facultad de disposición no es ciertamente la causa de la modificación, en la que se realiza el efecto dispositivo, sino uno de sus presupuestos indispensables para la legitimidad de la causa y, por lo tanto, para la validez del efecto”⁴⁷.

2.1.4. El poder jurídico como situación jurídica abstracta y genérica. Crítica

Un sector de la doctrina nacional ha señalado que la facultad de disposición no forma parte del contenido del derecho de propiedad desde que no puede ser una parte la que decida sobre el todo⁴⁸.

Para justificar el concepto, se parte de la distinción entre titularidad o pertenencia y situación jurídica subjetiva; donde la primera sería “la relación de correspondencia que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (o, mejor, con una situación jurídica subjetiva); y la segunda sería el objeto de la primera, es decir, aquel ente (inmaterial) sobre el que recae un

⁴⁵ NATOLI, Ugo, *La Proprietà*, Seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, Giuffrè, 1976, p. 101 -102.

⁴⁶ NATOLI, Ugo. *Op. Cit.*, p. 99.

⁴⁷ NATOLI, Ugo. *Op. Cit.*

⁴⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría General del Derecho Civil, 5 ensayos*, Lima, ARA, 2002, p. 235, quien señala que “la facultad de disposición del derecho subjetivo no puede formar parte de este último, desde que una cosa es lo que ocasiona la transferencia de un objeto (la facultad de disposición) y otra muy distinta el objeto materia de tal transferencia (el derecho subjetivo – en este caso, el derecho de propiedad-). Si se está a que lo transferido es el derecho de propiedad y no la cosa sobre la que recae, no hay duda de que tal derecho deviene en objeto de un “acto de transferencia” y, por ende, en objeto de una “fuerza” o “poder” que produce tal acto. Ahora bien, semejante “fuerza” o “poder” no puede estar ubicada al interior del objeto sobre el cual actúa, pues no es posible afirmar, sin contrasentido de por medio, que cierta parte de una “entidad” es capaz de actuar sobre toda la entidad” (*Cit.*).

interés (por ejemplo: derecho subjetivo)⁴⁹. Agrega que dicha relación “le permite al sujeto de derechos “disponer”, en el sentido más amplio, del derecho subjetivo que le corresponde”⁵⁰, y que por ello “no resulta cuestionable el hecho que se establezca la posibilidad que el propietario tiene de disponer. Lo que sí resulta cuestionable es el hecho que se establezca que la referida posibilidad emana, no de la titularidad del derecho de propiedad, sino de este derecho”⁵¹.

Visto así las cosas, sólo nos queda repetir el argumento esgrimido por Salvatore Pugliatti, pues si se parte de la afirmación que todo sujeto puede vincular su propia esfera jurídica patrimonial, no se hace otra cosa que expresar una elemental verdad: si soy titular de un derecho subjetivo (propiedad), puedo disponer de él.

No obstante, se insiste en el mismo argumento sostenido por Thon, repetida muchas veces, “lo que transmite (facultad de disposición) no puede ser al mismo tiempo lo que se transmite (derecho de propiedad)”⁵². Pero se agrega que “dicha facultad se coloca al exterior del derecho de propiedad, como un poder abstracto y general, cuya existencia en modo alguno depende de la concreta relación persona-bien”⁵³. “En efecto, la referida facultad no recae sobre un objeto concreto y determinado, cosa que caracteriza a todo derecho subjetivo, sino más bien sobre un objeto genérico o abstracto, constituido por el *genus* de los objetos disponibles”⁵⁴. Por ello, se afirma que en realidad “la facultad de disposición debe ser considerada como una manifestación concreta del poder jurídico”⁵⁵.

Vemos aquí una abstracción de primer y de segundo grado, pues, por un lado, se dice que la facultad de disposición es un poder abstracto y general y, por el otro, se afirma que es una manifestación concreta del poder jurídico. Entonces, el poder jurídico vendría a configurarse como un metapoder abstracto y genérico, pero que la facultad de disposición es una

⁴⁹ “De lo expuesto se deduce claramente que la propiedad no puede ser identificada con la titularidad o pertenencia: mientras la primera es una herramienta que permite desplegar un conjunto de comportamientos (sobre una cosa) para satisfacer determinadas necesidades (patrimoniales) del sujeto de derechos, la segunda es una herramienta que permite identificar a quién le corresponde la posibilidad de desplegar el referido conjunto de comportamientos” (ver: ESCOBAR ROZAS, *Op. Cit.*, p. 230).

⁵⁰ ESCOBAR ROZAS, *Op. Cit.*, p. 229.

⁵¹ ESCOBAR ROZAS, *Op. Cit.*, p. 234.

⁵² VILLAVICENCIO AREVALO, Francisco, *La Facultad de Disposición*, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo III, Fascículo, IV, octubre-diciembre, MCML, p. 1043.

⁵³ ESCOBAR ROZAS, *Op. Cit.*, p. 236.

⁵⁴ ESCOBAR ROZAS, *Op. Cit.*, p. 239.

⁵⁵ ESCOBAR ROZAS, *Op. Cit.*: “el poder jurídico no es otra cosa que la genérica posibilidad de operar sobre la realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de dicha realidad”(cit.).

manifestación concreta que a su vez es también abstracta y general. Lo que nos lleva a una contradicción insalvable, pues una entidad no puede ser abstracta y concreta a la vez. En consecuencia, toda esta argumentación nos induce a pensar que se trata simplemente de un conceptualismo puro, una reminiscencia de la antigua jurisprudencia de conceptos del siglo XIX.

En realidad, la polémica sobre la facultad de disposición fue originada para poder explicar y justificar aquellos actos o negocios jurídicos sobre bien ajeno realizado por el no titular que resultaban eficaces frente a un adquirente de buena fe. Por ello, Thon partía de la idea según la cual “la propiedad es el presupuesto normal para la eficacia jurídica de una disposición sobre la misma, pero no la fuente ni el fundamento de este poder. Esto se observa inmediatamente cuando excepcionalmente derecho y poder de disposición se separan el uno del otro”⁵⁶. El supuesto normal es la enajenación y tradición de la cosa en virtud de un acto propio del propietario y el supuesto excepcional es la enajenación y tradición de un no propietario, donde “en ambos casos el adquirente adquiere la propiedad en virtud de la ley, la cual conecta esta consecuencia jurídica a la actividad de la tradición del propietario y de cualquier poseedor”⁵⁷.

En resumen, toda la construcción teórica de Augusto Thon se dirigió a buscar una razón más allá de la ley que permita explicar estos fenómenos de disposición sobre patrimonio ajeno, bajo el razonamiento de que todo adquirente de buena fe, adquiere el derecho dispuesto por el no titular, no en virtud de la ley, pues todos los efectos son precisamente predispuestos por ley; sino lo que provoca la transferencia es la facultad o poder de disposición que en este caso se encuentra separado del derecho objeto de la transferencia y que puede corresponder al propietario como al poseedor.

En este punto no se advierte una premisa fundamental, es decir, por un lado, el hecho de que se obtenga como resultado una disposición no se puede hablar necesariamente de un poder dispositivo, y, por otro lado, la disposición del bien no es necesaria consecuencia del ejercicio de un poder dispositivo⁵⁸. En efecto, la adquisición de un bien se realiza normalmente mediante un contrato (negocio jurídico) cuya formación requiere la cooperación e intervención libre y voluntaria de dos sujetos, cuyo presupuesto, pero no su fundamento, es que quien transfiere sea su titular efectivo. La adquisición de quien recibe la posesión de buena fe del no propietario supone igualmente un contrato, pero el fundamento de tal adquisición no obedece a un pretendido ejercicio de la facultad de disposición, sino a otras consideraciones como la protección de la confianza

⁵⁶ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 320.

⁵⁷ THON, Augusto, *Op. Cit.*, p. 323.

⁵⁸ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 526.

y la buena fe, así como de la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas.

En otras palabras, lo que provoca la transferencia de un bien - en las situaciones normales (disposición de bien propio) y excepcionales (disposición de bien ajeno) - no es la facultad de disposición ni su pretendido ejercicio, sino la realización de un hecho jurídico (negocio jurídico) que en el primer caso tiene como presupuesto (no fundamento) de eficacia la titularidad del derecho y en el segundo caso tiene como fundamento (no consecuencia) la protección de la confianza en la circulación de los bienes.

Ahora bien, si partimos de considerar la propiedad (derecho subjetivo) en cuanto a su contenido como “la síntesis de diversas facultades no determinadas a priori”⁵⁹ (esto es, no como suma de singulares facultades), podemos colocar a la facultad de goce y la facultad de disposición a lo sumo como facultades típicas ínsitas en el contenido del derecho de propiedad. Existen otras facultades que difícilmente podrían entrar dentro de las típicas mencionadas, como aquella facultad autosuficiente que tiene el propietario, por ejemplo, de cortar las ramas de su vecino que pasen a su propiedad y lo mismo respecto de las raíces de los árboles vecinos que pasen al subsuelo del propietario (artículo 967° del c.c.)⁶⁰.

No obstante, creemos que todas las facultades contenidas en el derecho de propiedad pueden reconducirse a la facultad de goce dado que “ella no es *una facultad determinada*, sino un complejo genérico de facultades y a veces de todas las facultades que constituyen el contenido del derecho subjetivo”, y que “la facultad de disposición puede perfilarse como una extensión de la facultad de goce, y más precisamente como la consecuencia extrema de ella, es decir, como la causa que legitima la actividad del sujeto inherente al goce del derecho, extendido este goce hasta el punto de excluirse de la relación, para hacer entrar a otro sujeto”; por consiguiente, “la referencia a la facultad de goce permite designar antes que una determinada facultad típica, la síntesis de todas las posibles facultades de utilización y de disfrute de la cosa, comprendida en ella también la facultad de disposición”⁶¹.

⁵⁹ PUGLIATTI, Salvatore, *La Proprietà nel Nuovo Diritto*, Milano, Giuffré, 1964, p. 134.

⁶⁰ Así, se ha dicho que “el propietario de un fundo puede cortar las raíces que del fundo vecino penetran en el suyo: es decir, el puede asumir, aunque excepcionalmente, un comportamiento que inmediatamente realiza el propio interés, concretándose en una completa autotutela” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*, Milano, Giuffré, 1964, p. 77).

⁶¹ PUGLIATTI, Salvatore, *La Proprietà nel Nuovo Diritto, Cit.*; también se ha dicho que “la facultad de disposición puede considerarse como término extremo de la facultad de goce: tanto es verdad que es concedida al usufructuario y al arrendatario” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive, Cit.*, p. 72).

Siendo así, debe quedar claro que cuando decimos que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho de propiedad no sostenemos, como pudiera parecer, que somos de la opinión que el negocio jurídico - como acto de disposición - sea ejercicio de un derecho subjetivo. Es decir, el hecho que señalemos que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho de propiedad no quiere decir que la disposición misma sea consecuencia del ejercicio de la facultad de disposición, dado que tal facultad sólo representa una jurídica posibilidad, una situación virtual, que se concreta en las singulares entidades (poderes, derechos, facultades, etc.) que corresponde al sujeto⁶².

En tal sentido, y según una autorizada doctrina, “si se dispone de un derecho que no se tiene, no se ejercita ciertamente el mismo derecho y, por lo tanto, en tal caso, en la medida de la concepción polémica⁶³, no debería hablarse de negocio jurídico, lo que nadie pensaría (la venta de cosa ajena no sería un negocio jurídico). Ello importa: la definición del negocio como ejercicio de un derecho peca por exceso y por defecto, siempre si se tiene segura dicha interpretación”⁶⁴.

Por último, sostener que la facultad de disposición de los derechos subjetivos particulares es expresión del poder jurídico genérico y abstracto que corresponde cada sujeto, es como retomar la fórmula propuesta por Francesco Carnelutti⁶⁵ cuando reflexionaba sobre el *neminem laedere* al concluir que en realidad se trataba de una síntesis de deberes específicos predispuestos e impuestos por el ordenamiento jurídico a cada sujeto. En nuestro caso, la síntesis correspondería a las facultades de disposiciones que a cada concreto sujeto le correspondería sobre su esfera jurídica disponible, y, por ende, el poder jurídico vendría a ser la síntesis de las facultades de disposición. Sin embargo, con ello no se crea ni se puede crear

⁶² PUGLIATTI, Salvatore, *Considerazioni sul Potere di Disposizione*, Cit., p. 532.

⁶³ Concepción Carneluttiana que sostiene que el negocio jurídico es ejercicio del derecho subjetivo.

⁶⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi, *Sulla Definizione del Negozio Giuridico come Esercizio di un Diritto Soggettivo o di una Facoltà o di un Potere*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, Anno VII, 1961, Cedam, p. 327.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Sulla Distinzione tra colpa contrattuale e extracontrattuale*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Seconda, Volume X, Milano, Cedam, 1912, p. 744, quien dijo que “el deber genérico del *neminem laedere* probablemente no es más que una especie de espejismo (*Fata Morgana*) que por mucho tiempo ha ilusionado y continua ilusionando a los juristas. El deber genérico en realidad no es más que la síntesis de todos los deberes específicos, impuestos a cada uno hacia los otros” (Cit.).

un concepto técnico-jurídico pues lo que se hace es sólo denominar con una fórmula verbal general (poder jurídico) los casos específicos⁶⁶.

Por consiguiente, la tesis de que la facultad de disposición no forma parte del contenido del derecho de propiedad no resiste al menor análisis. En primer lugar, no es la facultad de disposición *per se* lo que produce la transferencia de la propiedad, ella es en realidad un presupuesto de eficacia del acto. En segundo lugar, la facultad de goce y la facultad de disposición no son facultades autónomas, una fuera y la otra dentro del contenido del derecho de propiedad, sino facultades ínsitas en el mismo derecho, que podrían ser consideradas, a lo sumo, como facultades típicas. En tercer lugar, la facultad de disposición se tiene en relación a un concreto y específico derecho subjetivo, y no deriva de un pretendido meta poder. En cuarto lugar, la propiedad y sus formas de transferencia como instituto jurídico fundamental de los derechos patrimoniales debe ser estudiada en su real complejidad, teniendo en cuenta sus caracteres socioeconómicos y no reducirse a un estudio dogmático-conceptualista que termina, muchas veces, por ocultar los reales problemas que debe resolver.

2.2. Relevancia y eficacia de los actos de disposición: La transferencia de situaciones jurídicas

La tesis que sostiene que el poder de disposición no forma parte del contenido del derecho de propiedad es una tesis que no tiene en cuenta el proceso de formación del efecto jurídico⁶⁷. Si se analiza desde este punto de vista, podremos confirmar que en realidad no es la facultad de disposición propiamente dicha - ni su pretendido ejercicio - lo que ocasiona la transferencia de un derecho subjetivo, puesto que el efecto traslativo-adquisitivo se produce al verificarse los elementos y/o circunstancias previstas en cada hipótesis normativa, que disciplinan las modalidades de transferencia y adquisición de las diversas situaciones jurídicas subjetivas, especialmente de los derechos subjetivos.

Siendo así, la adquisición (efecto jurídico) no se produce por la constatación de la mera existencia de una facultad de disposición o de su ejercicio, sino que es necesaria la constatación de uno o más hechos

⁶⁶ Así, se afirma que “el poder de disposición se revela como una simple metáfora, privada de valor técnico” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Considerazioni Sul Potere di Disposizione*, Cit, p. 534).

⁶⁷ Así, una autorizada doctrina ha señalado que “el problema del efecto jurídico es en última instancia el problema más general de la ciencia del derecho, más bien – como veremos más adelante – es el mismo problema del derecho visto desde un plano estrictamente científico” (ver: FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milano, Giuffré, 1985, p. 242).

previstos en cada hipótesis normativa que condicionan el efecto jurídico⁶⁸. No basta entonces la existencia de la facultad de disposición que se tenga sobre derecho subjetivo; hace falta, por un lado, un acto de voluntad legítimamente manifestado (declaración de voluntad) que se concreta en un acto de disposición; y, por otro lado, hace falta un acto de voluntad que libre y concretamente manifieste la adquisición del derecho objeto de disposición; resultando ambos actos fundamentales para la validez y eficacia de la transferencia.

La falta de un estudio previo sobre la problemática general del efecto jurídico por aquellos que afirman que la facultad de disposición no forma parte del contenido del derecho de propiedad ha generado este tipo de confusión. Ahora bien, no sólo la propiedad (derecho subjetivo) puede ser transferido, sino que también todas las situaciones jurídicas subjetivas disponibles de un sujeto (activas y pasivas, de ventaja y de desventaja) pueden ser objeto de transferencia. Por ello, es también legalmente posible ceder créditos, transmitir deudas, situaciones jurídicas complejas como la cesión de posición contractual, etc., pero siempre condicionada a las modalidades de transferencia previstas por el ordenamiento jurídico que va desde la forma *ab sustanciam*⁶⁹ hasta el cumplimiento de un requisito de eficacia⁷⁰. Veamos.

a) La transferencia de la propiedad.- Según el artículo 923 del Código Civil peruano (en adelante c.c.): “la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”. Para transferir válida y eficazmente un bien no es suficiente contar con la facultad de disposición pues nuestro ordenamiento jurídico ha previsto las modalidades de transferencia y adquisición de la propiedad.

i. Compraventa.- La transferencia de bienes muebles se produce no con el ejercicio de la facultad de disposición, sino con el acuerdo destinado a transferir la propiedad más la tradición del bien al comprador, es decir, se requiere un acto material externo consistente en la entrega de la cosa mueble al adquirente (Art. 947 c.c.). En cambio, la transferencia de bienes

⁶⁸ En efecto, una atenta doctrina ha afirmado que “los efectos jurídicos representan la respuesta que el ordenamiento jurídico da a las nuevas situaciones de hecho y encuentran su razón y justificación, precisamente, en la valoración que de las mismas aquel realiza” (ver: CATAUDELLA, Antonino, *Note sul Concetto di Fattispecie Giuridica*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XVI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 458).

⁶⁹ En el caso de donación de bienes inmuebles la transferencia debe ser realizado mediante escritura pública bajo sanción de nulidad.

⁷⁰ En el caso de la cesión de derechos que sólo surte efectos desde que es aceptada por el cedido o le es comunicada fehacientemente, siempre que no esté en oposición a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.

inmuebles se produce sólo mediante un acuerdo legítimamente manifestado de las partes (Art. 949 c.c.).

ii. Donación.- La transferencia de bienes inmuebles sólo puede producirse válidamente mediante acuerdo que por escritura pública donde se indique el valor real del bien y el de las cargas, si lo hubiere (Art. 1625 c.c.). En el caso de bienes muebles la transferencia se produce mediante un acuerdo - incluso verbal - mientras el valor del bien objeto del contrato de donación no exceda el 25% de una unidad impositiva tributaria (Art. 1623 c.c.). En el caso que el valor del bien mueble supere esa cantidad la donación debe hacerse mediante documento de fecha cierta, bajo sanción de nulidad (Art. 1624 c.c.).

b) La transferencia de otras situaciones jurídicas subjetivas.- Existen además modalidades predispuestas por el ordenamiento jurídico para la transferencia de otras situaciones jurídicas distintas de la propiedad.

i. La cesión de derechos.- La cesión de derechos es el acto en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, no requiriéndose el asentimiento del deudor (Art. 1206 c.c.). En este caso, nos encontramos ante una relación jurídica que vincula dos situaciones jurídicas: el crédito y la deuda. El supuesto es simple pues permite al acreedor transferir su situación jurídica a un tercero denominado cesionario para que sea el nuevo titular del crédito. En realidad la disposición del crédito está condicionada a un presupuesto o requisito de eficacia para que se produzca efectivamente la transferencia, que consiste en la comunicación de fecha cierta al deudor cedido o desde su aceptación (Art. 1215 c.c.). En consecuencia, si el deudor cedido paga al cedente sin que se le haya comunicado la transferencia queda liberado del pago, siempre que haya obrado de buena fe.

ii. La cesión de posición contractual.- La cesión de posición contractual es un acto trilateral entre cedente, cesionario y cedido, de manera que sin la intervención anterior, simultánea o posterior de todas las partes involucradas, no se produciría ninguna cesión de posición contractual (Art. 1435 c.c.).

iii. La transmisión de deudas.- En el caso de la transmisión de deudas debemos distinguir dos casos: a) por delegación y b) por expromisión. La primera (por delegación) consiste en que el deudor primitivo transfiere su situación de deuda a otra persona, pero en este caso para que surta efectos la transmisión de deuda se requiere el asentimiento del acreedor. En el segundo (por expromisión) es el mismo acreedor que acepta la sustitución del deudor primitivo mediante un acuerdo con este último, sin ser necesario el asentimiento del deudor primitivo.

Se desprende entonces de los casos examinados, que la transferencia de situaciones jurídicas subjetivas se produce por la verificación de elementos factuales previstos en una concreta hipótesis normativa, y no por un pretendido poder o meta poder concretado en un pretendido ejercicio de la facultad de disposición. Además, en todas las situaciones analizadas la transferencia es posible porque su titular se encuentra en relación concreta, específica y directa con la situación jurídica objeto de disposición.

2.3. La legitimación para contratar: concepto oculto o espejismo conceptual

Recientemente se ha intentado explicar los actos de disposición sobre bienes ajenos mediante el concepto de la falta de legitimidad para obrar⁷¹; tesis según la cual en nuestro ordenamiento jurídico existiría de modo oculto la categoría denominada “legitimación en sentido sustancial” que permitiría explicar una serie de negocios jurídicos estructuralmente válidos pero funcionalmente ineficaces⁷². El autor para reforzar su tesis recurre a la doctrina italiana ofreciendo testimonio de las definiciones dadas por diversos autores y la interpretación de algunas normas del Código Civil italiano. Sin embargo, como pasaremos a demostrar, no estamos convencidos del todo sobre la bondad de la categoría a tal punto de erigirla como requisito subjetivo de eficacia del contrato.

Para una crítica del concepto debemos partir de su origen. En efecto, hasta donde tenemos conocimiento, la inserción del concepto legitimación al ámbito de la teoría general del derecho fue obra del pensamiento de Francesco Carnelutti⁷³, quien luego de examinar algunos supuestos de impedimentos o prohibiciones de adquirir – o comprar - a determinadas personas, que no concernían propiamente a “la noción de capacidad fundada sobre las condiciones subjetivas de la persona”, sino “en razón de su

⁷¹ Nos referimos a un reciente artículo del profesor MORALES HERVIAS, *Validez y eficacia de los Actos de Disposición y Gravamen en la Sociedad de Gananciales, El Concepto Oculto en el artículo 315 del Código Civil*, En: Revista Jurídica del Perú,

⁷² MORALES HERVIAS, Rómulo, *Op. Cit.*, p. , quien define la legitimación como “competencia que tiene la parte de disponer o de transferir de las posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas. Se requiere la presencia del instituto de la legitimación como requisito de las partes contratantes a fin de que el contrato pueda surtir efectos jurídicos. La consecuencia jurídica en el caso de que falte la legitimación será la ineficacia y no la invalidez” (*Cit.*).

⁷³ CARNELUTTI, Francesco, *Legittimazione a Comprare*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Volume XXXIII, 1935, p. 502, quien sostenía que el concepto de legitimación es “uno de los aportes de la teoría del derecho procesal a la teoría general del derecho, cuya importancia se hace hoy más manifiesta” (*Cit.*). En el mismo sentido: PALERMO, Gianfranco, voce *Legittimazione*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume XVIII, Roma, 1990, p. 1.

posición hacia la cosa sobre la cual se contrata⁷⁴, terminaba por diferenciar los conceptos de capacidad y legitimación, entendiendo por éste último nombre “la idoneidad de una persona para realizar un acto jurídico eficaz en razón de su relación con el bien, al cual el acto se refiere”⁷⁵. Por consiguiente, cuando dicha idoneidad no llegara a subsistir estaremos en un caso de *falta de legitimación* “lo que explica la ineficacia del acto”⁷⁶.

No obstante, lo que dio mayor realce y consistencia a la categoría fue la obra de Emilio Betti, pues según él introdujo el concepto de legitimación en la teoría general del negocio jurídico formulándola como un presupuesto del negocio⁷⁷ y definiéndola como “competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular”⁷⁸. Se define entonces la legitimación en términos de competencia dispositiva en el sentido de que cada uno es “árbitro de sus propios intereses y de éstos solamente, no puede, regularmente, injerirse en los intereses ajenos”⁷⁹; de ahí que le individuo: “bien puede ordenar en casa propia, pero no, salvo excepcionalmente, en casa ajena”⁸⁰.

El pensamiento de Emilio Betti influyó decididamente en la doctrina posterior que adoptó el concepto de legitimación toda vez que “de tal uso y empleo fue Betti el más convencido y coherente defensor, quedando la sucesiva literatura, en forma más o menos consciente, influenciada grandemente por él”⁸¹.

⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Op. Cit.*, p. 503.

⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Op. Cit.*, p. 504.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Traducción del italiano por Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 239.

⁷⁷ BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 203, más específicamente lo denominó un “presupuesto subjetivo-objetivo del negocio”.

⁷⁸ BETTI, Emilio, *Op. Cit.*

⁷⁹ BETTI, Emilio, *Op. Cit.* p. 204. El mismo autor distingue entre una competencia dispositiva reservada a las partes y una competencia normativa reservada a la ley cuando señala que “es competencia de los individuos determinar, en la relaciones entre ellos, los *finés prácticos* a alcanzar, y los caminos a seguir para ordenar sus propios intereses. Es de competencia del orden jurídico valorar, cotejándolas con las finalidades generales, las categorías de fines prácticos que los individuos suelen proponerse, prescribiendo modalidades de sus actos y los requisitos de su validez y eficacia” (ver: BETTI, Emilio, *Op. Cit.*, p. 82).

⁸⁰ BETTI, Emilio, *Op. Cit.*, p. 77.

⁸¹ DI MAJO, Adolfo, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIV, Milano, Giuffrè, 1967, p. 53.

No obstante, se levantaron voces en contra de la conveniencia de la categoría advirtiendo que “la noción de legitimación así estructurada no aporta nada nuevo y se reduce, desde este ángulo del poder, a una repetición del concepto de autonomía negocial”⁸². En efecto, señalar que “para disponer de un interés, hay necesidad de ser su titular, y, a la inversa, a nadie se le permite mandar en casa ajena” es pues referir “a una verdad inobjetable”⁸³; con lo cual se demuestra que el concepto viene a repetirse a través de otro concepto, o, por lo menos, viene a colocarse en la sombra de otro concepto: la autonomía privada⁸⁴.

La reconstrucción de la figura por Angelo Falzea ha sido una de las formas más coherentes con que se afrontó el estudio de la legitimación. En efecto, el profesor de la Universidad de Messina parte de la idea de que las figuras de legitimación “consisten en posiciones del sujeto relevantes en función de determinadas hipótesis normativas, y más precisamente con referencia al objeto o al otro sujeto del acto o de la relación y a los correspondientes planos de intereses”⁸⁵.

Sin embargo, el mismo autor llega a oscurecer el concepto trata de diferenciar la capacidad de obrar de la legitimación – activa - señalando abiertamente que “la titularidad del poder de disposición, en efecto, designa una posición específica del sujeto, que está determinada con referencia al contenido del acto y que se añade, y por eso mismo no se reporta, a la capacidad de obrar. Puede el sujeto ser titular del poder de disponer y no tener capacidad de obrar y, viceversa tener capacidad de obrar y no ser titular del poder de disponer”⁸⁶. Decimos que llega a oscurecer el concepto toda vez que coloca ahora la titularidad del poder de disposición como

⁸² Así: SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría General del Contrato*, Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 37. En el mismo sentido: DI MAJO, Adolfo, *Op Cit.*, p. 56.

⁸³ SCOGNAMIGLIO, Renato, *Op. Cit.*, p. 37.

⁸⁴ Así. DI MAJO. Adolfo, *Op. Cit.*, p. 56.

⁸⁵ FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*. Cit., p. 229. Anteriormente el mismo autor había señalado descriptivamente que “siendo el agente capaz de realizar una actividad considerada por la norma como elemento de hecho de una hipótesis normativa, él debe poseer ulteriores condiciones, a las cuales está subordinada la relevancia y eficacia del acto, y que se resuelven en particulares posiciones del sujeto: la legitimación (...). Considerada negativamente ella designa la falta de elementos (que consisten en una posición del sujeto) que impiden la existencia o la eficacia de una hipótesis normativa objetiva; positivamente designa al existencia de todas las condiciones (además de la capacidad de obrar) necesarias para la existencia o para la eficacia de una hipótesis normativa objetiva” (ver: FALZEA, Angelo, *Il Soggetto nel Sistema dei Fenomini Giuridici*, Milano, Giuffré, 1937, p. 184-185).

⁸⁶ FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Cit., p. 232.

posición específica, cuando anteriormente define la legitimación precisamente como “posición específica del sujeto”⁸⁷.

La situación no se salva señalando que la titularidad puede ser una de las fuentes de la legitimación para disponer puesto que “puede existir la legitimación para disponer y faltar la titularidad del derecho del cual se dispone y, recíprocamente, se puede ser titular de un derecho subjetivo y no poseer la legitimación para realizar sobre él actos de disposición”⁸⁸. El típico ejemplo – y el único – que se pone para demostrar categóricamente que puede existir legitimación pero no titularidad del derecho es en el derecho cambiario, específicamente, en el título valor al portador donde el mero tenedor puede ejercer el derecho contenido en el título, sin ser efectivo propietario en sentido sustancial.

Consideramos que todo este enredo conceptual es debido a la dificultad de obtener un concepto propio y autónomo de legitimación que no “viva” en la sombra de otros conceptos. Es sintomático en este punto que el mismo Francesco Carnelutti después de muchos años de su primera formulación reconociera que “el estudio de los fenómenos de legitimación, aunque iniciados hace ya tiempo, no han dado aún resultados definitivos, a causa de su extraordinaria dificultad”⁸⁹. De manera que definida la legitimación en términos de autonomía privada o de poder de disposición no se hace más que dificultar o comprometer su autonomía conceptual.

Por otro lado, en el sentido negativo del término, vale decir, en los supuestos de falta de legitimación para obrar la consecuencia no siempre es la ineficacia⁹⁰, sino la invalidez. En efecto, expresamente el Código civil italiano prevé la nulidad o anulabilidad, según cada supuesto, en el artículo 1471 que dispone especiales prohibiciones de adquirir o comprar bienes. En tal sentido, en los casos que la doctrina designa como falta de legitimación la consecuencia es diversa en cada caso pues en algunos se prevé la nulidad o la anulabilidad y en otros la ineficacia en sentido estricto. No existe pues uniformidad de consecuencias legales como pretende una parte de la doctrina.

Si, como creemos haber demostrado, la legitimación en sede teórica viene a presentar dificultades serias para su configuración conceptual, también desde el punto de vista práctico y operativo generaría aún mayores

⁸⁷ FALZEA, Angelo, *Il Soggetto nel Sistema dei Fenomeni Giuridici*, Cit., p. 187-188.

⁸⁸ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 197.

⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Op. Cit.*, p. 234.

⁹⁰ Hay quien afirma que “la falta de legitimación no comporta por tanto la invalidez del contrato, sino su ineficacia respecto al objeto del cual la parte no es competente para disponer” (ver: BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, III, Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 66.). En el mismo sentido: MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. Cit.* p.

inconvenientes para el intérprete, quien además de valorar los requisitos de validez del negocio jurídico (Art. 140 del Código Civil), tendría que valorar si el o los sujetos que realizan el negocio reúnen el requisito subjetivo de eficacia denominado legitimación, cuando el verdadero problema concierne a los límites de la autonomía privada (Art. 1354 del Código Civil). Por ello, compartimos la opinión de quien sostiene que “estos supuestos – de falta de legitimación – pueden ubicarse fácilmente dentro del paradigma de los límites que la ley, caso por caso, fija al poder de disposición que en términos generales reconoce a las partes en el manejo de sus propios intereses”⁹¹.

Ahora bien, en el caso que nos presenta el profesor Rómulo Morales de los actos de disposición y de gravamen de los bienes de la sociedad de gananciales, quien ostenta la titularidad de los bienes es la sociedad conyugal conformada por ambos cónyuges, esto es así si asumimos que la sociedad conyugal es un sujeto de derecho⁹². En tanto sujeto de derecho el patrimonio social de la sociedad conyugal es distinto del patrimonio propio de cada cónyuge, por eso, de regla, para la disposición y gravamen se requiere la intervención de ambos, salvo poder especial de uno a favor del otro.

En consecuencia, el acto de disposición realizada sólo por uno de los cónyuges es un acto ineficaz, pero no por falta de legitimación, sino más concretamente por falta de titularidad del derecho en el enajenante. Por consiguiente, no estamos ante un caso de falso representante o de exceso de las facultades de representación, toda vez que no existe la denominada *contemplatio domini* (actuar en nombre de). Se trataría, más bien, de un típico supuesto de venta de bien ajeno con todas las consecuencias que ella conlleva.

⁹¹ SCOGNAMIGLIO, Renato, *Op. Cit.*, p. 38. Recientemente se ha puesto de manifiesto que los límites a la autonomía privada pueden agruparse en dos ámbitos bien distintos: a) límites que tienen que ver con el procedimiento de formación del acuerdo; b) límites que conciernen directamente al contenido del acuerdo. En este último caso, “los límites de la autonomía se vinculan, por lo general, con tres hipótesis: con la “ilicitud” del trato, por contrariedad a los *bonos mores* o al orden público; con la contravención a prohibiciones específicas (...); o, en fin, y esta es la categoría más delicada, **con la genérica contrariedad a “normas imperativas”**, sin que medie una explícita conminatoria de nulidad “textual”. (ver: SCHLESINGER, Piero, *La Autonomía Privada y sus Límites*, en *Proceso & Justicia*, número 03, Lima, 2002, p. 106-107.) (la negrita es nuestra).

⁹² ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derechos de las Personas*, Tercera edición, Lima, Editorial Huallaga, 2001, p. 22-23. Quien define al sujeto de derecho como “centro de imputación de derechos y deberes” y señala refiriéndose a la sociedad conyugal como sujeto de derecho que “el art. 65 del Código Procesal Civil, los define, a mi modo de ver, equivocadamente, como “patrimonios autónomo”, seguramente porque son *patrimonios distintos* de los que corresponden (ordinariamente) a sus titulares. Estos “patrimonios”, en realidad, corresponden a otras “colectividades unificadas”, *rectius*, sujetos de derecho, distintos de aquellos que individualmente los integran” (*Op. Cit.*, 22-23).

Sin embargo, dada la especial naturaleza de los bienes y la finalidad que debe cumplir en *pro* del interés familiar (de conformidad con el principio de protección de la familia prevista en el Art. 4 de la Constitución Política), el artículo 315 del Código Civil, debe considerarse como una norma imperativa y, interpretada *a contrario sensu*, como una norma prohibitiva que, como tal, su contravención, debe traer como lógica consecuencia la invalidez⁹³ (Art. V del Título Preliminar y artículo 1534 del Código Civil), y no la ineficacia en sentido estricto. Con esto no quiere excluirse la tutela a los terceros de buena fe que contraten con el cónyuge que “unilateralmente” dispone del bien, puesto que siempre queda abierta la protección conforme al artículo 2014 del Código Civil y la protección prevista para la usucapión abreviada para bienes inmuebles y muebles según los artículos 950 y 951 del Código Civil. Siendo así, a nuestro juicio, los actos de disposición de uno de los cónyuges respecto de los bienes sociales son nulos por contravención a norma imperativa.

Finalmente, a modo de resumen, quisiéramos establecer concretamente algunas razones por las cuales consideramos que la legitimación como figura conceptual adolece de serios problemas de orden teórico y práctico para su adopción:

a) Se acusa al concepto de legitimación por la ambigüedad de su noción, debido al hecho que se coloca en la sombra de otros conceptos más generales y no hace más que reproducirlos⁹⁴ (autonomía privada, poder de disposición, titularidad, etc.).

b) Genera complicaciones de lenguaje⁹⁵ en el sentido de que se puede utilizar una expresión u otra para referirse a lo mismo (poder de representación/legitimación representativa, poder subrogatorio/legitimación subrogatoria, titularidad/legitimación, poder de disposición/legitimación para disponer, etc.).

c) Podemos afirmar que lo que falta al concepto es propiamente su razón de ser en términos de contraposición a otros conceptos⁹⁶, de manera

⁹³ Por ello, un autorizado autor ha dicho que “en parte se dice que son normas prohibitivas el conjunto de las normas imperativas, en cuanto establecen la prohibición de una configuración jurídico-negocial divergente de la norma” y más adelante agrega que “es obvio que el negocio jurídico que sobrepase los límites establecidos por la ley a la configuración jurídico-negocial no puede ser válido” (ver: FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico, Parte General del Derecho Civil*, Tomo segundo, Cuarta edición no modificada, Traducción del alemán por José María Miquel Gonzales y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 411).

⁹⁴ DI MAJO, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 58.

⁹⁵ Así: Pietro RESCIGNO citado por DI MAJO, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 61.

⁹⁶ DI MAJO, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 61.

que el concepto no sólo deberá ser distinto del concepto de capacidad, sino también del de titularidad y del poder de disponer.

Por todas estas consideraciones, hacemos nuestras las palabras de un reconocido jurista que sostenía lo siguiente: “el planteamiento de la legitimación como requisito unitario y autónomo corresponde sin duda a un formidable esfuerzo lógico de la doctrina, pero no a la varias y discordantes soluciones que la realidad normativa ofrece a las diferentes hipótesis que se alienan bajo esa noción, que por tales razones debe ser rechazada”⁹⁷.

2.4. La adquisición de derechos subjetivos: adquisición derivativa y adquisición originaria

La adquisición de un derecho subjetivo es un efecto jurídico vinculado a un hecho que también se califica de jurídico⁹⁸ (esto podría decirse respecto de cualquier situación subjetiva). Pero, concretamente, ¿qué se entiende por adquisición de derechos? “en sustancia con ella se indica la verificación de uno o más hechos (de una hipótesis normativa) en virtud de los cuales el ordenamiento jurídico reconoce, esto es, atribuye o destina la *titularidad* de un derecho a un determinado sujeto”⁹⁹. Se puede colegir entonces que ninguna adquisición es posible sin la necesaria intervención o reconocimiento del ordenamiento jurídico, de manera que “frente al fenómeno de la adquisición del derecho por parte de un sujeto es la norma que provee la calificación de la posición del adquirente en relación a la posición del titular precedente”¹⁰⁰.

El derecho se califica de subjetivo no sólo por una relación de pertenencia al sujeto, sino respecto a su misma posibilidad de existencia que está condicionada (o al menos destinada) a un determinado sujeto. En tal sentido, la adquisición actual o virtual define y condiciona la existencia del mismo derecho¹⁰¹. Ahora bien, el nacimiento de un derecho subjetivo

⁹⁷ SCOGNAMIGLIO, Renato, *Op. Cit.*, p. 40.

⁹⁸ Así: PUGLIATTI, Salvatore, voce *Acquisto del Diritto*, en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo I, Giuffrè, 1958, p. 510. En sede de teoría general del derecho se ha dicho que “la norma es por regla una proposición compleja resultante de una relación de condicionalidad, en la cual la proposición antecedente o condicionante denota el hecho jurídico y la proposición consecuente o condicionada denota el efecto jurídico” (ver: FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, *Cit.*, p. 354).

⁹⁹ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 510; también: MENGONI, Luigi, *L'acquisto “a non domino”*, *Cit.*, p. 1.

¹⁰⁰ NICOLO, Rosario, *Successione nei Diritti*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008, p. 134.

¹⁰¹ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*. Por ello, se afirma que “no existe derecho sin sujeto, sino solamente cosas (aun cuando sean incorpóreas o compuestas) en relación a las cuales una o más personas pueden adquirir derechos, que nacerán en el momento en

produce necesariamente su adquisición, o por lo menos está destinado a pertenecer un determinado sujeto (de allí que se hable de derechos sin sujeto). El nacimiento y la adquisición de un derecho, entonces, si bien son analíticamente distinguibles y lógicamente ordenables, dado que la primera constituye el *prius* y la segunda el *posterius*, son práctica y cronológicamente coincidentes¹⁰².

La adquisición de un derecho no necesariamente coincide con su nacimiento, pues es posible adquirir un derecho ya existente, cuya titularidad corresponde a otro sujeto. Por ello, se ha afirmado que “el nacimiento de un derecho significa siempre el destino del mismo a un sujeto y, en consecuencia, adquisición, ya que todo derecho es adquirido fundándose en la valoración de un orden jurídico y ninguno es innato, en el sentido de que pueda existir con anterioridad a ella. A viceversa, en cambio, la adquisición no coincide con el nacimiento: se puede adquirir un derecho que existía ya en otros”¹⁰³. Es precisamente de esta distinción que ha surgido la “necesidad de distinguir la adquisición derivativa, que no coincide con el nacimiento (y relativa adquisición), de aquella originaria, respecto a la cual dicha coincidencia no se constata”¹⁰⁴.

Las orientaciones y criterios para distinguir la adquisición derivada de la adquisición originaria se han basado fundamentalmente en dos tendencias: una orientada hacia el aspecto subjetivo y la otra hacia el aspecto objetivo del fenómeno¹⁰⁵. Bajo el aspecto subjetivo, se pone “como carácter esencial de la derivación la relación entre el adquirente y el precedente titular”¹⁰⁶, esto es, “se puede hablar de adquisición derivativa sólo allí donde se constate una actividad concurrente del precedente y del nuevo titular, o un acto o negocio dispositivo del primero, o una relación jurídica entre los dos sujetos”¹⁰⁷. Bajo el aspecto objetivo, en cambio, se considera que la “característica de la adquisición derivativa consiste en una relación de dependencia objetiva entre el derecho preexistente y el derecho adquirido en el sentido de que en uno y otro corra una relación de causalidad por el cual el

que se hayan cumplido todas las condiciones para la adquisición” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Introducción al Estudio del derecho Civil, Cit.*, p. 204).

¹⁰² PUGLIATTI, Salvatore, voce *Acquisto del Diritto, Cit.*

¹⁰³ BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio jurídico, Cit.*, p. 23.

¹⁰⁴ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*; al respecto, hay quien afirma que “**el criterio para distinguir la una de la otra nos lo ofrece aquella circunstancia que, según la valoración del orden jurídico, justifica propiamente la adquisición misma**” (ver: BETTI, Emilio, *Op. Cit.*, p. 24). (la negrita es nuestra).

¹⁰⁵ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.* p. 511.

¹⁰⁶ NICOLÒ, Rosario, *Op. Cit.*, p. 135.

¹⁰⁷ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*

primero funciona como *condictio sine qua non* del segundo”¹⁰⁸, independientemente de una actividad del precedente titular.

El aspecto subjetivo restringe arbitrariamente los casos de adquisición derivativa no fundadas en la voluntad del precedente titular, excluyendo así un grupo de adquisiciones derivativas basadas en figuras legales como la ejecución forzada de los bienes del deudor y la expropiación por necesidad pública¹⁰⁹. En efecto, “no debería haber dudas que configuran hipótesis y formas de adquisición derivativa también las denominadas transferencias coactivas cuya adquisición es el resultado del ejercicio de un poder (público) independiente de la voluntad del privado”¹¹⁰. El aspecto objetivo viene también criticado en el sentido de que “no es legítimo considerar una relación causal entre pérdida y adquisición del derecho, dado que ellas, ambas, son *efectos* de la hipótesis normativa prevista por la ley”, es decir, “la pérdida por parte del precedente titular y la adquisición subsiguiente están inseparablemente ligados: es decir, son efectos interdependientes, contemporáneos y *sobre todo basados sobre la misma causa jurídica*, constituyen dos momentos inseparables del mismo acto unitario”¹¹¹.

En este orden de ideas, se puede observar que las tendencias subjetivas y objetivas son, y deben, considerarse unilaterales, y que es necesario adoptar una concepción integral¹¹². Así, “el perfil objetivo pone en evidencia la unidad de la causa (hipótesis normativa) que produce el doble efecto - pérdida para el precedente titular y adquisición subsiguiente; el perfil subjetivo, la referencia al precedente titular o como autor del acto o como portador del interés y término al cual debe ser reconducido el efecto”¹¹³.

¹⁰⁸ NICOLO, Rosario, *Op. Cit.*. Así, por ejemplo, se ha dicho que: “la adquisición puede ser originaria o derivativa. La distinción se basa en la relación de causalidad entre pérdida o limitación de un derecho y adquisición del mismo, en el sentido de que ésta deba considerarse efecto de aquella” (ver: CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio jurídico*, Traducción del italiano de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar S.A., 1956, p. 10).

¹⁰⁹ Se trata de adquisiciones derivativas, es decir, “de adquisiciones en relación a las cuales no puede prescindirse de la consideración de la posición del precedente titular, aunque se prescinda de su manifestación de voluntad” (Ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Trasferimenti Coattivi*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008, p. 144).

¹¹⁰ NICOLO, Rosario, *Op. Cit.* En el mismo sentido se ha dicho que “la tutela a favor del precedente titular, no viene a menos: solo ella se concentra en el elemento teleológico de la situación subjetiva – el interés – separándose del (normal) elemento instrumental – la voluntad del titular -. **En efecto, al propietario le corresponde el justo precio por la expropiación o se le acredita el precio de la adjudicación de los bienes vendidos a causa de la ejecución forzada**” (Ver: PUGLIATTI, Salvatore, voce *Acquisto del Diritto*, *Cit.* p. 512) (la negrita es nuestra).

¹¹¹ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.* p. 511-512.

¹¹² PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 512.

¹¹³ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 513.

Siendo así, el criterio para determinar cuando estamos ante una adquisición derivativa o ante una adquisición originaria depende de la valoración de estos dos factores:

- Una única causa (hipótesis normativa) capaz de producir el doble efecto: pérdida y adquisición, y;

- La referencia al precedente titular como autor del acto de atribución o titular del interés al cual va reconducido el efecto.

En tal sentido, será una adquisición derivativa si se constata un nexo de derivación o de correlación entre pérdida del precedente titular y la adquisición del nuevo titular, y no se prescinda de toda referencia a la situación jurídica del precedente titular. En el caso de renuncia o abandono de la propiedad - de cosas muebles – seguido de una sucesiva adquisición por apropiación (Art. 929 c.c.), no puede decirse que quien se apropia sea el adquirente del renunciante o de quien abandona la cosa, “porque se tienen dos actos (y dos efectos jurídicos) distintos e independientes”¹¹⁴. Entre la extinción de la propiedad por renuncia o abandono y la adquisición de la propiedad por apropiación no existe una única causa que produzca la pérdida y la adquisición, son dos hechos jurídicos independientes que por consiguiente les corresponden dos efectos jurídicos autónomos.

La adquisición originaria, en cambio, “encuentra su característica esencial e inconfundible en el hecho que la titularidad del adquirente es objetivamente independiente de la posición del precedente titular, dado que la hipótesis normativa adquisitiva está constituida por elementos de hecho que son propios del adquirente”¹¹⁵. En el caso de confiscación o decomiso de bienes previsto en el artículo 102 del Código Penal, por ejemplo, “el hecho ilícito a que da lugar, es tal de conducir a la extinción del derecho, y la cosa llega a ser propiedad del Estado, no porque se adquiere *derivativamente* del sujeto que sufre el decomiso, sino porque, anulado el derecho de propiedad de este último, el Estado tiene un derecho de apropiación que a él exclusivamente le compete y que produce, ejercitado, una adquisición *originaria*”¹¹⁶.

Por consiguiente, “cuando se habla de adquisición derivativa se pone de relieve el hecho que la atribución del derecho al adquirente se efectúa sobre el *presupuesto y en correlación* con el reconocimiento y la atribución del mismo derecho a favor del anterior titular. En la adquisición originaria se

¹¹⁴ CAMPAGNA, Lorenzo, voce *Dante Causa*, en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IV, Milano, Giuffré, 1959, p. 599.

¹¹⁵ NICOLO, Rosario, *Op. Cit.* p. 134.

¹¹⁶ PUGLIATTI, Salvatore, *Trasferimenti Coattivi*, *Cit.* p. 144.

prescinde enteramente de todo anterior reconocimiento o atribución, en el sentido de que: o una anterior atribución no existe o no ha existido nunca, o la anterior atribución ha venido a menos o, en todo caso, ella aparece jurídicamente irrelevante; o finalmente desconocida”¹¹⁷. Así, se configuran como adquisiciones derivativas las transferencias voluntarias (actos y negocios jurídicos), las transferencias coactivas (ejecución forzada y expropiación) y las sucesiones intestadas. Se configuran como adquisiciones originarias la confiscación o el decomiso, la prescripción adquisitiva de dominio, la adquisición de la propiedad mediante la posesión de buena fe y la apropiación.

Especial mención requieren las adquisiciones *a non domino*, dado que no todas tienen la misma naturaleza y por tanto se vuelve necesario examinar cada hipótesis y extraer sus características esenciales para arribar a resultados clasificatorios, esto es, definir qué figura le corresponde una adquisición derivativa u originaria. Pero esto se verá en el capítulo pertinente.

3. El problema general de circulación jurídica de los bienes y el sistema de transferencia de la propiedad

¿Cómo se desarrolla el fenómeno del intercambio y la circulación de los bienes en la colectividad desde el punto de vista jurídico? Esta es una cuestión que ha sido, desde hace mucho, materia de atención y de estudio por parte de la doctrina. Así, un ilustre autor ya había advertido la trascendencia de la circulación, entendida como “el desplazamiento de bienes de hombre a hombre dirigida a aumentar la utilidad”, donde “muchas de entre las necesidades elementales de nuestra vida no se podrían satisfacer si los bienes no circularan: ¿cuántos de entre los bienes, de los cuales nos servimos cada día, son producidos por nuestras manos? No se exagera diciendo que, sin la circulación, la producción y la distribución volverían en mínima medida sus beneficios: por un lado, no sería posible la división del trabajo, por otro lado, sólo mediante la circulación los bienes se distribuye según las necesidades”¹¹⁸.

En tal sentido, dada la importancia de la circulación de los bienes en la sociedad, se ha sostenido con razón que “la circulación no es concebible sin la tutela del derecho”¹¹⁹. Esto obedece a que “el derecho opera en este

¹¹⁷ PUGLIATTI, Salvatore, voce *Acquisto del Diritto*, *Cit.* p. 512.

¹¹⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Giuridica della Circolazione*, Milano, Cedam, 1933, p.1.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Op. Cit.*, p. 9; se agrega que “precisamente el fenómeno económico de la asociación, del intercambio, del crédito no puede vivir o, al menos, prosperar si no viene encerrado en las formas jurídicas de la sociedad, de la venta, del mutuo y así sucesivamente”, dado que “la razón de esta necesaria intervención del

campo, como siempre, regulando la conducta de los hombres, es decir, empujándolos a operar *de cierto modo* con el fin de que algunos de ellos se procuren los bienes que pertenecen a otros. Esta determinación ocurre, por un lado, *prohibiendo* ciertos modos adoptados para lograr este fin; por otro lado, *favoreciendo* otros modos y de esta manera no sólo *permitiéndolos*, sino atribuyéndoles *tal eficacia* que derive de ello la tutela del interés al goce del bien ajeno. Se puede distinguir así una circulación *según el derecho* de una circulación *contra el derecho*; la antítesis entre estos dos tipos se comprueba contraponiendo la compra al robo”¹²⁰.

Visto así las cosas, “la categoría de la circulación es entonces la categoría (algo indeterminada y elástica) de aquellos sucesos traslativos de riqueza”¹²¹ que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela. En cualquier sistema económico entonces “no basta haber declarado a quién corresponde los bienes, reconocido la propiedad colectiva o individual de ellos, y sometido aquellos de importancia social a un régimen especial; se precisa también hacer posible su circulación y facilitar el turno de los individuos en su aprovechamiento”¹²².

El ordenamiento legal debe establecer entonces reglas claras y fundamentales que expliquen y justifiquen el funcionamiento del sistema jurídico de la circulación. En nuestro ordenamiento jurídico, la pérdida y adquisición de derechos descansa en una regla fundamental: la iniciativa privada, esto es, una determinación e intervención, libre y voluntaria, de los individuos, en este caso del titular del derecho, que subordina toda pérdida, y adquisición subsiguiente, a un consentimiento legítimamente manifestado¹²³.

Sin embargo, se ha dicho con razón que “en ningún ordenamiento jurídico, histórico o moderno, el consentimiento del titular sea siempre necesario y suficiente para determinar todos los fenómenos de circulación”¹²⁴. Así, podemos advertir que el consentimiento del titular no es

derecho está en lo que naturalmente este fenómeno, en todas sus formas, determina conflictos de intereses entre las personas que constituyen los sujetos de la circulación así como entre estos y los terceros, los cuales si no fuesen previstos o regulados por el derecho, turbaría el desenvolvimiento del fenómeno e, incluso, lo volvería imposible” (*Cit.*, p. 10).

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Op. Cit.*

¹²¹ SACCO, Rodolfo, voce *Circolazione Giuridica*, en *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, Giuffré, 1960, p. 6.

¹²² BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio jurídico*, *Cit.*, p. 49.

¹²³ **Artículo 1352 (Código Civil).**- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

¹²⁴ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 8.

necesario en los supuestos de adquisiciones *a non domino*¹²⁵, y no es suficiente en los supuestos de adquisición de bienes muebles que a tal efecto requieren de la tradición.

Se puede sostener entonces que el problema general de la circulación jurídica de los bienes debe partir concreta y puntualmente del estudio de la disciplina legal y del funcionamiento del denominado sistema de transferencia de la propiedad que corresponde a un sistema jurídico determinado. Así, el sistema jurídico de circulación de la propiedad en el sistema del *civil law* es muy distinto del sistema del *common law*. Asimismo, dentro del *civil law* podemos encontrar diversos sistemas de transferencia de la propiedad que van del sistema de unidad del contrato al sistema de separación del contrato, existiendo además fórmulas mixtas o intermedias¹²⁶ que para estos efectos no desarrollaremos.

3.1. Sistemas de transferencia de la propiedad

Una autorizada doctrina ha expresado que “desde el punto de vista económico la compraventa es el *negocio de circulación* más frecuente y más importante en una desarrollada economía”¹²⁷, y, sobre esta base contractual, ha clasificado en dos los sistemas de transferencia de propiedad que rigen en el derecho occidental contemporáneo: el sistema de unidad de contrato y el sistema de separación del contrato¹²⁸. Veamos¹²⁹.

3.1.1. El sistema de unidad del contrato

El sistema de unidad de contrato tiene dos manifestaciones que se sustentan, una, en la teoría del título y el modo y, la otra, en el principio del *solo consensus*¹³⁰. En efecto, para la teoría del título y el modo “todo dominio

¹²⁵ Los supuestos son: la adquisición del simulado adquirente, del heredero aparente, o la adquisición mediante justo título, posesión de buena fe, fe pública registral, las cuales serán examinadas en su momento.

¹²⁶ SACCO, Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, Quinta edizione, Torino, UTET, 1992, p. 106, y sgtes.

¹²⁷ LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Traducción del alemán de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 12.

¹²⁸ LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p. 26-27.

¹²⁹ Para una ordenada exposición de estos dos sistemas, véase: ESCOBAR ROZAS, Freddy, *El contrato y los Efectos Reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)*, en AA.VV., *Estudios Sobre el Contrato en General*, Lima, ARA Editores, 2003, p. 217 y sgtes.

¹³⁰ Un sector de la doctrina nacional, clasifica estas dos manifestaciones en: a) sistema transmisivo de causa única, para referirse al *solo consensus*; y b) sistema transmisivo de doble causa, para referirse al título y modo (ver: FERNANDEZ CRUZ, Gastón, *La*

tenía dos causas: una próxima, por medio de la cual se conseguía inmediatamente el dominio; y una remota, por la cual y mediando la cual se hacía dueño. La causa próxima del dominio era la entrega de la cosa, mientras que la remota era la compra de la cosa”¹³¹. Por el principio del *solo consensus*, en cambio, “el comprador adquiere la propiedad sobre la cosa comprada tan pronto como las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la cosa y el precio, incluso, como expresamente se dice, aunque la cosa no haya sido aún entregada y el precio no pagado”¹³².

El sistema de unidad del contrato por el *solo consensus* (denominado también *principio contractual puro*) fue adoptado por el Código Civil francés de 1804 en el artículo 1138, aunque de redacción no clara, abrió la posibilidad de transmitir la propiedad sólo por medio del acuerdo de las partes, sin necesidad de un acto material externo (tradición o inscripción). El sistema de unidad del contrato según la teoría del título y modo (denominado también *yuxtaposición de los principios de unidad y de tradición*) fue recogido por el Código prusiano de Derecho Común (ALR) del año 1794, que exigía para la transmisión de la propiedad, además del contrato de compraventa, la entrega de la cosa; es decir, el contrato era el título y la entrega el modo, de manera que sólo se transmitía la propiedad concurriendo título y modo¹³³.

3.1.2. El Sistema de separación del contrato

El sistema de separación del contrato es un sistema completamente diferente del anterior en sus dos manifestaciones. En efecto, para la transmisión de la propiedad en este sistema se requiere la concurrencia de dos contratos y un acto ejecutivo real. El primer contrato es el denominado contrato obligatorio que contiene la sola obligación de transmitir la propiedad. El segundo contrato es el denominado contrato real que contiene el acuerdo de transmitir la propiedad¹³⁴. Finalmente, el acto ejecutivo real consiste en la entrega de la cosa mueble o en la inscripción del contrato real en el registro inmobiliario.

No obstante, sólo mediante el contrato real seguido del acto ejecutivo real se puede transferir la propiedad. El contrato obligatorio no

obligación de Enajenar y el Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmuebles en el Perú, en *Themis-Revista de Derecho*, Número 30, Lima, 1994, p. 161.

¹³¹ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Op Cit.*, p. 220.

¹³² LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p. 27.

¹³³ LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p. 29.

¹³⁴ “El “acuerdo” exigido no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial *contrato “real”* diferente del de compraventa, cuyo único contenido es precisamente que “la propiedad sea transmitida”” (Ver: LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p. 19).

modifica nada la situación de los bienes, sino sólo prepara la modificación¹³⁵, es decir, el obligado a transmitir la propiedad sólo cumple su obligación derivada del contrato mediante la realización del contrato real juntamente con el acto ejecutivo real, pero no es la causa de la transferencia¹³⁶. En realidad el contrato real es un negocio abstracto que se desvincula del contrato obligatorio, y, por ende, la validez y eficacia del segundo no subordina la validez y eficacia del primero, es decir, el contrato obligatorio puede ser inválido, pero el contrato real ser válido, y en este caso la propiedad se transmite¹³⁷.

El sistema de separación del contrato ha sido recogido por el Código Civil alemán (BGB) por la decidida influencia de Savigny, quien subordinaba la transferencia de la propiedad de cosas muebles a la sola voluntad concorde a la transferencia entre transferente y adquirente, más la *traditio*¹³⁸, que luego fue extendido a los inmuebles.

4. El sistema de transferencia de propiedad en el Perú

Según autorizada doctrina del derogado Código Civil de 1936, el sistema de transferencia de la propiedad dependía de la naturaleza del bien, esto es, de si los bienes objeto de disposición eran muebles o inmuebles. Si se trataba de bienes muebles el acuerdo o el consentimiento de las partes no importaba *per se* la transferencia de la propiedad, sino que era indispensable la tradición del bien. Si, en cambio, se trataba de bienes inmuebles el mero consentimiento o el acuerdo de las partes bastaba *per se* para que se produjese la transferencia de la propiedad, sin necesidad de un acto material, salvo pacto o disposición legal en contrario.

En efecto, José León Barandiarán, quien fuera uno de los comentaristas más destacados del anterior Código, enseñaba refiriéndose al artículo 1172¹³⁹ que “con respecto a cosa inmueble el régimen del Código es claro. El mero consentimiento importa el acto de disposición. La sola

¹³⁵ LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p. 20.

¹³⁶ “El *acto dispositivo* del vendedor por medio del cual se desprende de su propiedad no radica en el contrato de compraventa mismo, sino en el contrato real, diferente de aquel, que puede celebrarse al mismo tiempo y con posterioridad” (Ver: LARENZ, Karl, *Op. Cit.*)

¹³⁷ “El contrato de compraventa sólo tiene transcendencia en las relaciones entre comprador y vendedor; pero la cuestión de la propiedad, y con ella su eficacia para terceros que puede adquirir la cosa o pedir su embargo como acreedores, depende siempre y únicamente de la realización válida del acto traslativo real” (ver: LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p. 23).

¹³⁸ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 109.

¹³⁹ Artículo 1172° del Código Civil de 1936.- La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

obligación de dar la cosa hace que el acreedor devenga en propietario. Y la obligación se determina por el mero consentimiento. Pero tratándose de cosa mueble, el mero consentimiento no basta para la transmisión de los derechos de dominio, ya que el artículo 1172 se refiere expresa y limitativamente a la hipótesis de cosa inmueble, de tal suerte que la cosa mueble queda ausente de su hipótesis. En consecuencia, tratándose de enajenación de cosas muebles, ¿será menester la tradición? Así deberá juzgarse, según lo que expresábamos antes”¹⁴⁰.

En el mismo sentido se pronunció Jorge Eugenio Castañeda, quien al tratar sobre la diferencia entre título y modo en la transferencia de propiedad, según el Código derogado, aseveró categóricamente que “para nosotros esa diferencia no existe, desde que la convención opera de pleno derecho la adquisición del dominio, tratándose de bienes inmuebles”, y que “por el contrario, tratándose de bienes muebles el contrato no transfiere la propiedad; dicho contrato sólo producirá la obligación de entregar pero exige la tradición para que el comprador o el donatario se transforme en dueño. Aquí se percibe que el modo de adquirir en los muebles es la tradición y el título el contrato de venta, donación, etc.”¹⁴¹.

Al entrar en vigencia del Código Civil de 1984, se estableció una norma sustancialmente igual al del artículo 1172 del Código abrogado. El artículo 949 del actual Código establece que: “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. Además, el nuevo Código dispuso una norma expresa y específica sobre la transmisión de propiedad para bienes muebles, a diferencia del Código derogado que no la tenía, en el artículo 947 que dispone que: “la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

No obstante la redacción más clara y completa sobre la transferencia de la propiedad para bienes muebles e inmuebles, en comparación con el Código derogado, en nuestro medio se generó cierto debate, a nuestro juicio innecesario¹⁴², sobre el sistema de transferencia de propiedad en el Perú que consistió fundamentalmente en establecer si el contrato tenía la virtualidad de transferir directamente la propiedad en base al solo consentimiento, o si el contrato sólo generaba la obligación de transferir la propiedad¹⁴³. En el fondo,

¹⁴⁰ LEON BARANDIARAN, José, *Comentarios al Código Civil Peruano*, Tomo II, Buenos Aires, EDIAR S.A. Editores, 1956, p. 21.

¹⁴¹ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales*, Tomo I, Cuarta Edición, Lima: (s.e.), 1973. P. 233.

¹⁴² En el mismo sentido se pronuncia: ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Op Cit.*, p. 217.

¹⁴³ Para un desarrollo de la polémica ver: ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Op Cit.*, p. 230 y sgtes, y allí bibliografía.

creemos que el debate se centró en la posibilidad o no de que el contrato, además de generar obligaciones, pueda también producir otros efectos jurídicos patrimoniales, como los denominados contratos con efectos reales¹⁴⁴.

En este punto, nosotros nos limitamos a hacer nuestras los argumentos a favor de la existencia y posibilidad de los contratos con efectos reales, y sostenemos por consiguiente que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten el principio del *solo consensus* para la transferencia de bienes inmuebles y la teoría del título y el modo para la transferencia de bienes muebles¹⁴⁵. Veamos.

4.1. Sistema de transferencia de bienes muebles

La transferencia de bienes muebles se produce con la tradición a su acreedor, señala el artículo 947 del c.c. La circulación jurídica de los bienes muebles se realiza entonces mediante un hecho jurídico consistente en un acto material de entrega (*modus*) de un determinado bien a quien debe recibirlo, según el título de la obligación (*titulus*). Vale decir, no es el acuerdo de transferencia (contrato) lo que transmite la propiedad, para lograr dicha transferencia se requiere la tradición (entrega) del bien a quien debe recibirlo. Sin previo acuerdo y sucesiva entrega no hay transmisión de la propiedad.

En consecuencia, para los bienes muebles se ha mantenido el sistema del título y del modo.

4.2. Sistema de transferencia de bienes inmuebles

La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, señala el artículo 949 c.c. La circulación jurídica de bienes inmuebles opera entonces por el *solo consensus* o el mero consentimiento de la partes. Sin embargo, sobre este artículo se ha generado un debate acerca de la pretendida existencia de la obligación de enajenar y la posibilidad de que mediante el contrato se transfiera directamente la

¹⁴⁴ Se habla de contrato con efectos reales para indicar que “la transferencia del derecho, o la adquisición del derecho real (...) se produce por efecto del simple consenso. Estos son los contratos con efectos reales (*reali quoad effectum*, para distinguirlos de los contratos *quoad constitutionem*): así llamados porque aquí el efecto traslativo se produce automáticamente, y no a través del nacimiento de una obligación previa, y el sucesivo cumplimiento de ella posteriormente (Ver: RUBINO, Domenico, *La Compravendita*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 242).

¹⁴⁵ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Op Cit.*, p. 247.

propiedad sin la necesidad de la realización de una prestación por parte del transferente.

En realidad, creemos que la solución debe partir de considerar en sus exactos términos el contrato como tal y sus efectos en el análisis del artículo 949 c.c., puesto que la común doctrina enfoca el problema en el puro efecto traslativo y no tiene mayormente en cuenta los demás efectos jurídicos patrimoniales que puede generar un contrato. En efecto, en la compraventa, por ejemplo, no sólo se genera la sola obligación de enajenar, sino derivan también obligaciones fundamentales y correlativos derechos de crédito. Si bien el *solo consensus* determina la transferencia inmediata de la propiedad, la compraventa tiene una estructura típica compleja que produce otros efectos fundamentales.

En este punto, sólo queremos recordar una enseñanza olvidada que retomamos para de una vez confirmar el principio del *solo consensus*: “el contrato de compraventa, que es en su estructura típica un contrato con eficacia real inmediata, produce, además del efecto adquisitivo del derecho de propiedad, una relación jurídica (o un complejo de relaciones jurídicas entre las partes), que tiene por contenido deberes y derechos (de crédito) recíprocos, entre los cuales son esenciales, el deber de entregar la cosa vendida, por parte del vendedor, y el deber de pagar el precio, por parte del comprador. El ligamen entre el aspecto personal (obligatorio) y el real del contrato de venta, es totalmente estrecho, que la suerte el efecto real, puede depender del desarrollo de las relaciones obligatorias. En otros términos, la insatisfacción del derecho del comprador para obtener la entrega de la cosa, en los modos y en los términos establecidos por la ley o por el contrato, o la insatisfacción del derecho del vendedor para obtener, en los mismos modos y términos, el pago del precio, puede conducir a la resolución del contrato mismo, y por ende a la eliminación del efecto real”¹⁴⁶.

En tal sentido, se confirma la inexistencia de la obligación de enajenar porque la consecuencia de transferir la propiedad es efecto inmediato del contrato, pero se afirma la existencia de la obligación de “perfeccionar la transferencia” (Art. 1549 c.c.), la cual consistiría en la realización de aquellos actos que le permitan al adquirente ejercitar a plenitud los derechos que emanan de la compraventa, que incluye todos los atributos de la propiedad¹⁴⁷. Es decir, si el vendedor de un inmueble no entrega las llaves ni hace entrar en posesión del bien al comprador y, al contrario, permanece en posesión del bien sin acuerdo en ese sentido,

¹⁴⁶ PUGLIATTI, Salvatore, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*, Cit., p. 29.

¹⁴⁷ ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ, Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Elvira MARTÍNEZ COCO, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 66.

entonces, nos encontraremos en el supuesto típico de incumplimiento contractual, ante lo cual el comprador puede resolver el contrato según el artículo 1556 c.c. Debe quedar claro que la obligación de entregar no deriva de la obligación de enajenar o de transferir la propiedad, pues la propiedad ya se transfirió, sino deriva de la obligación de “perfeccionar la transferencia” ya realizada.

Finalmente, sólo queremos resaltar el hecho que el sistema de transferencia de propiedad desarrollado, no explica todos los fenómenos de adquisición de la propiedad. En efecto, la disciplina normativa sobre la transferencia de propiedad prevista en el Código Civil sólo desarrolla, por regla, las transferencias voluntarias y, excepcionalmente, aquellas derivadas de adquisiciones *a non domino* (que desarrollaremos en los siguientes capítulos); pero no desarrolla el sistema de transferencias coactivas, dado que las remite a la ley de la materia como, por ejemplo, la ley de expropiación.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA BUENA FE Y LA CONFIANZA EN LA CIRCULACIÓN JURÍDICA DE BIENES

Hemos visto la problemática general de los negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno, así como los sistemas jurídicos de circulación de bienes y el sistema de transferencia de la propiedad en el Perú, pero limitado a las transferencias voluntarias, es decir, aquellas transferencias que se produce en virtud de un acto propio del titular del derecho, en ejercicio de la autonomía privada. Sin embargo, estas no son las únicas formas de adquisición de la propiedad, pues al lado de ellas existen otras que no vienen explicadas según el esquema de la transferencia voluntaria, sino en consideración de la protección de la confianza y la buena fe, así como de la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas.

En tal sentido, lo que corresponde estudiar y profundizar es el rol de la buena fe y el principio de la confianza en la circulación jurídica de bienes, a efectos de establecer la importancia y la función que cumplen en las adquisiciones *a non domino*.

1. Consideraciones generales. La buena fe como principio general del Derecho

Se ha afirmado desde un punto de vista filosófico y científico que “los principios son enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber”, que “los principios son “verdades fundantes” de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de

investigación y de praxis”¹. Desde este punto de vista, entonces, los principios generales del derecho constituirían “*las bases teóricas y las razones lógicas* del ordenamiento jurídico que recibe de ellas su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital histórica”².

Desde la teoría general del derecho, se ha intentado diferenciar la norma jurídica del principio general, distinguiendo “los diversos planos de intereses que se encuentran siempre al operar el derecho”³. En ese sentido, se señala que “en un nivel superior está el interés de la comunidad a la solución de problemas que van surgiendo en la vida social y que exigen una solución jurídica. Este es el interés jurídico fundamental, el *Grundwert* que informa el entero sistema cultural del derecho y expresa la exigencia primaria de toda comunidad a la conservación, en concreto, del mejor modo posible del tipo de vida. [...]. Las reglas jurídicas sean normas o principios, son fenómenos y conceptos que respecto al interés fundamental están en necesaria subordinación”⁴. Pero, el interés jurídico fundamental tiene un alto grado de indeterminación que no puede realizarse por sí mismo, de ahí que sea necesario un “constante proceso de determinación progresiva” que va de “la indeterminación del interés fundamental a la determinación del interés concreto” a través de etapas intermedias en las cuales se encuentran tanto las normas como los principios⁵.

En tal sentido, los principios generales se insertan dentro de todo el campo del ordenamiento jurídico e inspiran la creación de normas jurídicas. Compartimos la opinión según la cual “los principios generales del derecho son enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento jurídico, tanto para su aplicación e

¹ REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Sexta edición, Traducción de Jaime Brufaut Prats, Madrid, Piramide S.A., 1984, p.139, quien distingue “tres grandes categorías de principios”:

- a) Principios omnivalentes. Son válidos en todas las formas del saber. Tal es el caso de los principios de identidad y de razón suficiente.
- b) Principios plurivalentes. Son aplicables a varios campos del conocimiento. Tal es el caso del principio de causalidad, esencial en las ciencias naturales, pero no extensivo a todos los campos del conocimiento.}
- c) Principios monovalentes. Sólo valen en el ámbito de determinada ciencia. Tal es el caso de los principios generales del derecho.” (Cit.).

² REALE, Miguel, *Op. Cit.*, p. 149, quien además realza el sentido de la historia en la praxis social al afirmar que “la experiencia histórica demuestra que existen determinados valores que, una vez se han encarnado en la conciencia histórica, se revelan como *constantes éticas* inamovibles que, aun antes de ser percibidos por el intelecto, condicionaban ya y daba sentido a la *praxis* humana (Cit., p. 146).

³ FALZEA, Angelo, *I Principi Generali del Diritto*, en *Rivista di Diritto Civile*, N° 5, 1991, p. 458.

⁴ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 458.

⁵ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 459.

integración como para la elaboración de nuevas normas”⁶. Por ello, los principios generales del derecho pueden definirse como “los postulados axiomáticos, los fundamentos basilares, los puntos de partida en los que se inspira y sobre los que reposa la ciencia del Derecho Civil y de Proceso”⁷.

No obstante, los principios generales del derecho no agotan su función únicamente en interpretar normas y colmar lagunas del sistema jurídico, sino que también están presentes en la propia creación del derecho⁸. En efecto, el legislador al momento de la creación de las normas jurídicas tiene en cuenta, además del problema práctico central a resolver, los criterios que permitan salvaguardar y tutelar principios básicos y fundamentales de la sociedad que, luego, son expresadas en el ordenamiento jurídico. Uno de esos principios básicos y fundamentales es el principio de la buena fe. Por tal motivo, una autorizada doctrina⁹ ha clasificado los principios generales del derecho en principios ius-axiológicos, principios lógico-jurídicos y principios institucionales, comprendiendo dentro de los primeros a la buena fe.

En suma, podemos afirmar categóricamente que la buena fe como principio general del derecho condiciona y orienta los tres aspectos de la experiencia jurídica: la creación, interpretación e integración de normas jurídicas de un sistema jurídico determinado.

⁶ REALE, Miguel, *Op. Cit.*, p. 140.

⁷ SILVA VALLEJO, José Antonio, *El Artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Civil: Llave Maestra de la Teoría General del Derecho Civil y Procesal*, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1985, p. 487, quien nos enseña que el término Principio proviene del griego “arché” o “arjé”, que fue introducido en la filosofía por el presocrático Anaximandro al indagar cuál era el principio último o general de todas las cosas (*Op. Cit.*, nota al pie 77, y allí bibliografía).

⁸ Un sector de la doctrina española limitando la función de los principios generales del derecho ha señalado que “además, no es sólo la integración de las posibles lagunas de un texto legal lo que obliga en muchas ocasiones a recurrir a criterios extralegales. También la determinación del verdadero alcance, sentido y significación que dentro del ordenamiento jurídico posee una determinada disposición legal solamente puede hacerse, en ocasiones, acudiendo a criterios extralegales. Cuando hablamos, pues, de “principios generales del derecho” estamos haciendo referencia a estos criterios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales debemos integrar las lagunas de la ley y de los cuales debemos servirnos para llevar a cabo la labor de interpretación de las leyes” (Así: DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del derecho*, Primera edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1975, p. 202).

⁹ SILVA VALLEJO, José Antonio, *Op. Cit.*, p. 487-488.

2. La buena fe subjetiva como categoría gnoseológica del Derecho.

La buena fe en sentido subjetivo pertenece a un sector más amplio y enriquecedor de la experiencia jurídica: el conocimiento¹⁰. El conocer, el ignorar, la duda, la certeza, el error, el dolo, etc., son diversas manifestaciones (en grados y matices) de un único fenómeno denominado conocimiento. Un determinado sujeto puede realizar un comportamiento jurídicamente relevante sobre la base del conocer o no un determinado hecho, manifestada en una circunstancia concreta, que lo predispone a adoptar cierto comportamiento dirigido a fines prácticos inmediatos.

En consecuencia, la palabra conocimiento aquí utilizada no se refiere al conocimiento científico o cultural como se podría creer, sino al conocimiento ordinario o cotidiano del hombre en su interrelación con los demás. En efecto, “el saber científico, en general el saber a nivel cultural, es regulado por el *principio de la libertad* – libertad de investigación, de juicio, de información –; el saber ordinario, en cambio, está regulado por el *principio de la responsabilidad* – hacia los terceros o al menos hacía sí mismo”¹¹; por eso “lo que distingue práctica y jurídicamente el tipo de conocimiento que podemos llamar ordinario y cotidiano, o que vuelve necesario un tratamiento jurídico diverso, no es tanto la falta de rigor científico, sino más bien la cercanía al objeto y la vinculación con inmediatos intereses prácticos”¹², por lo que “en suma y concluyentemente, decisiva para la disciplina jurídica del conocimiento es la existencia o no de una vinculación con intereses prácticos inmediatos”¹³.

Por ello, con toda razón, se ha afirmado que “toda la actividad del hombre está condicionada por sus conocimientos. No es pensable que hoy el derecho regule la actividad del hombre sin atribuir relevancia a los conocimientos que él tiene, o que se desee que él tenga”¹⁴.

Nuestro Código Civil vigente, ha recogido en diversas normas la relevancia del conocimiento en relación con un acto o hecho: el conocimiento efectivo (el código utiliza las palabras conocer o conocía: artículos 1802, 195 inc. 2, 1210, 1216, 1500 inc. 4, 1555 y 2014), la posibilidad de conocer (el código utiliza las palabras situación de conocer, aptitud para conocer, haya

¹⁰ FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 637 y sgtes.

¹¹ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 687.

¹² FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 693.

¹³ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 686.

¹⁴ SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Il Fatto, L'atto, Il Negozio, La Parte Generale del Diritto Civile*, 1, Torino, UTET, 2005, p. 72.

podido conocer o pueda conocer: artículos 195 inc. 1 y 2, 1397 y 1504) y, su contrario, imposibilidad de conocer (artículo 1374).

El hecho opuesto de conocer es ignorar¹⁵. El no saber, lo desconocido, la ignorancia de un determinado hecho es tomado en cuenta también por el ordenamiento jurídico (artículos 152, 180, 195 inc. 1, 277 inc. 5, 294, 634, 906, 1405, 1535, 1843 y 1950 c.c.), concediéndoles una relevancia propia en cada hipótesis normativa.

No obstante los dos polos del conocimiento (uno positivo “el conocer”; y el otro negativo “el ignorar”), se ha dicho que “el hombre conoce sólo en cuanto juzga y asevera que algo existe en la realidad en el que vive de hecho o al menos en un mundo ideal (por ejemplo, un mundo lógico y matemático) que su pensamiento está en grado de representarse. No siempre, obviamente, al juicio de existencia le corresponde la existencia efectiva. Lo que se juzga existir puede existir efectivamente y entonces hay *verdad*, pero puede también no existir, en cuyo caso hay *error*”¹⁶. De ello, resulta que ignorancia y error son hechos incompatibles con el conocimiento real y verdadero¹⁷.

Ahora bien, si se analizan las normas del Código civil peruano, se puede apreciar que la buena fe viene tomada en cuenta unas veces como error (artículos 274 inc. 8, 277 inc. 5 y 8, 284, 903, 941, 944, etc.) y otras veces como ignorancia (artículos 194, 197, 274 inc. 3, 285, 665, 827, 865, 948, 950, etc.) y, en algunos casos, se incluye ambos supuestos como ignorancia o error (artículos 906, 937 y 945). Una primera aproximación a nuestra normativa, nos permite apreciar que la buena fe debido a error o ignorancia no están pues en compartimientos estancos, pues la realidad es más compleja y presenta diversos matices, que hace imposible, a veces, determinar cuándo la buena fe recae en error o en ignorancia. A decir verdad, y como diría el profesor Rodolfo Sacco “no hay prácticamente ignorancia que no esté acompañada de error o de duda”¹⁸ y, asimismo, “la ignorancia puede en varios casos desembocar en error”¹⁹.

¹⁵ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁶ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 648. Quien además señala que “verdad y error son dos ideas inmediatamente conexas a la idea del conocimiento, o, se puede también decir, son dos valores – uno positivo, y otro negativo – que nuestro conocimiento puede asumir” (*Cit.*). Hay también quien afirma que “conocer implica una relación del espíritu con algo verdadero y real. Y el espíritu puede establecer una relación similar con algo que no es verdadero y real. El espíritu cae entonces en error” (ver: SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Op. Cit.*, p. 76).

¹⁷ Así: SACCO, Rodolfo, *La Presunzione di Buona Fede*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, Anno V, Cedam, Padova, 1959, p. 10.

¹⁸ SACCO, Rodolfo, *Cit.*, Nota al pie 18.

¹⁹ SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Il Fatto, L'atto, Il Negozio*, *Cit.*, p. 76.

En consecuencia, cuando se afirma que la buena fe en sentido subjetivo es una categoría gnoseológica del derecho, sólo queremos decir que la buena fe viene a ser una condición o estado del intelecto²⁰ que se presenta como una guía de la voluntad o un modo de ser del juicio (ignorancia o error) y que determina la realización de una determinada conducta jurídicamente relevante dirigida a fines prácticos inmediatos. Tal conducta se califica de buena fe.

La cuestión de cuándo y cómo la buena fe debe ser tutelada, es una cuestión que se resuelve mediante un juicio *ex post*, que no corresponde a la averiguación de su naturaleza en sí (ignorancia o error), sino al tratamiento de su justificación, que permita establecer cuándo debe o no ser protegido un determinado modo de ser o un estado subjetivo de la persona, en una concreta y específica relación jurídica, teniendo en cuenta a la persona y su circunstancia²¹. Ello quiere decir que la buena fe para que pueda ser objeto de protección jurídica no basta que sea producto de la mera ignorancia o error, sino sólo en la medida que se haya obrado justificadamente mediante el parámetro de la diligencia. Por ello, la valoración de la diligencia viene a ser el elemento fundamental que permite calificar la conducta de las personas que, aun obrando de buena fe en el sentido anteriormente señalado, no pueden ser tuteladas en la medida que una conducta no justificada.

La buena fe sigue siendo un estado intelectual de la persona, lo que ocurre es que el problema se desplaza de su configuración estructural (qué es) al de su configuración funcional (cómo funciona). En efecto, si bien la buena fe puede y debe considerarse como un estado de ignorancia o error (momento estructural), la tutela de la buena fe, en cambio, requiere que dicho estado sea justificado sobre la base del criterio de diligencia (momento funcional). Hay que distinguir entonces los dos planos o perfiles de la buena fe en sentido subjetivo: una cosa es establecer qué cosa es la buena fe en sentido subjetivo y otra es establecer cuándo viene tutelada según el ordenamiento jurídico.

Siendo así, la buena fe basada en negligencia²² de acuerdo a las características de la persona y la circunstancia no es ni puede ser tutelada

²⁰ BRECCIA, Umberto, *Diligenza e Buona Fede nell'attuazione del Rapporto Obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 3, y allí bibliografía; MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti "a non domino"*, Terza edizione, Milano, Giuffrè, 1975, p. 318.

²¹ Así, se ha señalado en el mismo sentido que "a menudo, pero no siempre, se quiere que esta buena fe, para ser eficaz, sea justificada" (ver: SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Op. Cit.*, p. 85).

²² Hablamos de negligencia y no de falta de diligencia toda vez que la noción misma de negligencia remite "por su propia determinación, a la idea de la diligencia, y se presenta como un aspecto negativo y correlativo de esta última", por lo que se constata "la plena

por el ordenamiento jurídico ya que no corresponde a una verdadera situación justificante. Con estas consideraciones si bien nos acercamos a la opinión según la cual la buena fe es aquella buena fe legítima²³, nos alejamos de ella, pues para nosotros la buena fe subjetiva es siempre un hecho gnoseológico y su justificación a efectos de la tutela obedece a su momento funcional y operativo, y no a su estructura y naturaleza que siempre permanece idéntica a sí misma.

3. La buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. Diferencias

Como se aprecia, el acercamiento a la idea del concepto de buena fe que hemos realizado sólo corresponde a una de sus manifestaciones. En efecto, la buena fe puede considerarse de dos maneras de acuerdo a su estructura y función: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La doctrina ha tratado de “encasillar” ambas nociones. Así, desde el primer perfil (buena fe subjetiva) es tenida en cuenta, como ya se ha visto, como un especial estado intelectual de la persona que se puede definir “de buena fe”; y desde el segundo perfil (buena fe objetiva) es vista como una regla de comportamiento o de conducta “según buena fe”²⁴.

Para comprender ambas manifestaciones de la buena fe, resulta necesario establecer históricamente la estructura y la función de cada una de ellas para determinar el criterio que se tendrá en cuenta al momento de interpretar las normas que tutelan la confianza en la circulación de bienes y, en especial, las figuras de adquisición *a non domino* reguladas en el Código civil peruano.

En el derecho romano se estableció - aunque sin distinguir entre buena fe subjetiva y objetiva - una diferencia notable entre *bonae fidei possessor* y *contractus bonae fidei*²⁵, que fue la base de una polémica en surgió posteriormente en Alemania en el siglo XIX. Una primera postura sostenía que la buena fe es un hecho psicológico consistente siempre en

correlatividad que existe entre negligencia y diligencia, como aspectos negativos y positivo de una misma valoración normativa” (ver: BIANCA, Massimo, *La Negligencia en el Derecho Civil Italiano*, En VV.AA. *Estudios sobre la Responsabilidad civil*, ARA editores, Lima, p. 345).

²³ Así, “la buena fe debe ser ignorancia, pero, también, ignorancia legítima, es decir, de tal naturaleza que no haya podido superarse con el empleo de una diligencia normal” (ver: BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, traducción de José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 78).

²⁴ BRECCIA, Umberto, *Op. Cit.* p. 1.

²⁵ VON TUHR, Andreas, *La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual*, en *Revista de Derecho Privado*, Año XII, Número 146, 1925, p. 337.

una opinión, basada sobre una creencia errónea, sea de la naturaleza que fuere (concepción psicológica). La segunda postura, en cambio, consideraba que la buena fe responde a un contenido ético que se materializa en una conducta que ha de descansar en una creencia no culposa (concepción ética)²⁶.

En términos prácticos y concretos - en relación a esta polémica -, se ha señalado que en realidad “la concepción denominada psicológica, para reconocer la buena fe, quiere saber sólo *si* el sujeto ha errado; la concepción ética quiere saber *cómo* y *por qué* el sujeto ha errado, cómo ha afrontado el riesgo de lo desconocido, si con ligereza o con verdadera razón”²⁷. Los términos de las dos posturas establecieron claramente dos diversos criterios para la consideración, valoración y aplicación de la buena fe: 1) buena fe creencia errónea o ignorancia; y 2) buena fe diligencia o creencia culposa²⁸.

El equívoco de las doctrinas expuestas está en no haber distinguido dos aspectos de un mismo fenómeno jurídico: el aspecto estructural y el aspecto funcional. En efecto, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva en realidad tienen diferencias relevantes tanto en el aspecto estructural como en el aspecto funcional. Veamos. La buena fe en sentido subjetivo, en su aspecto estructural, es un especial estado intelectual de la persona, pero para que sea efectivamente tutelada requiere de una justificación, que viene dada por el parámetro de la diligencia. En cambio, la buena fe objetiva, estructuralmente, viene a ser una regla de conducta, una exigencia, un deber de obrar con corrección y lealtad; y desde el punto de vista funcional, opera como una cláusula general en el sentido de que no impone un comportamiento con contenido preestablecido, sino, más bien, “requiere diversos comportamientos, positivos u omisivos, en relación a las concretas circunstancias de actuación de la relación”²⁹.

²⁶ La polémica fue iniciada por los profesores alemanes Wachter, seguidor de la concepción psicológica, y por el profesor Bruns, seguidor de la concepción ética (ver: DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la Buena Fe, Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil Español*, Bosch, Barcelona, p. 28).

²⁷ MENGONI, Luigi, *L'acquisto a non domino*, Società editrice “vita e pensiero”, Milano, 1949, p. 214, quien además afirma, en relación a la posesión, que “según la concepción de Wachter, la justificación moral de la posesión del tercero está dada exclusivamente bajo un perfil psicológico (*ignoti nulla cupido*, no se puede querer un perjuicio que no se conoce), y por lo tanto es suficiente una mera ignorancia, cualquiera sea su origen (denominada buena fe negativa); en cambio, para la concepción de Bruns el error, por justificar, debe ser ante todo justificado, esto es, la voluntad actuada en la toma de posesión es honesta sólo en cuanto el error no sea imputable: no es suficiente por eso la mera ignorancia, sino se exige la persuasión de no cometer un perjuicio, fruto de una precedente aplicación positiva de la voluntad al conocimiento de la verdad (denominada buena fe positiva)” (*Cit.*, p. 215).

²⁸ DE LOS MOZOS, José Luis, *Cit.*

²⁹ BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, Il Contratto*, III, Milano, Giuffrè, 1987, p. 474.

Por otro lado, la buena fe en sentido subjetivo viene a formar parte, o, más precisamente, es un elemento constitutivo de una hipótesis normativa compleja, vale decir, por sí misma no produce ningún efecto jurídico, si no viene acompañada con elementos concomitantes predispuestos por la norma (posesión, apariencia, fe pública registral, etc.). En cambio, la buena fe en sentido objetivo opera por sí misma, en el sentido de que al ser ella un deber jurídico, impone a los sujetos un comportamiento de corrección y lealtad en relación con otros, con quienes se pretende vincular.

Tradicionalmente, se ha afirmado que la buena fe subjetiva corresponde y es aplicable al campo de los derechos reales y en especial en lo que concierne a la posesión; y que la buena fe objetiva viene, en cambio, aplicada especialmente a los contratos y las obligaciones. Sin embargo, ambas nociones no actúan en compartimientos estancos, pues en realidad la buena fe objetiva no se agota “en el campo de los derechos de obligación, sino que también irrumpe en el de los derechos reales, y a la inversa, la buena fe subjetiva aparece en la doctrina del error, en la interpretación de ciertos negocios jurídicos, y en otras obligaciones de naturaleza extracontractual”³⁰.

En consecuencia, la buena fe en sentido subjetivo y la buena fe en sentido objetivo son estructural y funcionalmente disímiles, pero que pueden presentarse en cualquier relación jurídica intersubjetiva, sin importar la naturaleza que sea (obligacional o real).

4. La presunción de buena fe: ¿naturaleza constitutiva o impeditiva del hecho?

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una tutela general de la buena fe, pero no reconoce una presunción general de buena fe. Muchas veces se genera una confusión entre tutela y presunción en relación a la buena fe, que se debe aclarar. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe es un principio general del derecho y es un criterio de valoración³¹ que está dirigido a solucionar un problema específico, en función de su tutela genérica³². En cambio, la presunción es un instrumento técnico de naturaleza procesal (legal o judicial) que exonera, a una de las partes en juicio, acreditar o probar un determinado hecho.

³⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 42.

³¹ Criterio de valoración del intelecto o de la conducta en una relación concreta, en la que ha surgido un conflicto de intereses jurídicamente relevante que requiere solución.

³² De ahí que algún autor le da el carácter de concepto tópico (ver: DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 20).

Así, la buena fe se presume legalmente en materia posesoria (Art. 914 c.c.) y trae como consecuencia legal la inversión de la carga de la prueba, es decir, el reclamante deberá probar la mala del poseedor actual, si es que no quiere que este haga suyo los frutos (Art. 908 c.c.). Sin embargo, la buena fe no se presume en la adquisición de derechos del titular aparente en el caso de simulación (Art. 194 c.c.), y el tercero adquirente deberá acreditar su buena fe, quiere conservar su adquisición. No existe, pues, una presunción general de buena fe. Por ende, “aunque se quisiese hablar de un presunción general de buena fe, ella sufriría así numerosas excepciones, resultando, antes que una verdadera norma fundamental de nuestro ordenamiento, un principio de expediente destinado a colmar las eventuales lagunas”³³.

En tal sentido, creemos que no se puede entonces hablar *a priori* de una presunción general de buena fe. La determinación de un hecho como presunto depende de la regulación de las normas que prevén tal supuesto. Sin embargo, creemos que no se puede excluir *prima facie*, a mi parecer, la aplicación analógica de la presunción de buena fe en algunos supuestos, sobre todo si nos encontramos ante un hecho de naturaleza similar que se presume, como ocurre en el caso el heredero aparente que, según el artículo 665 c.c., es aquel que “entró en posesión de los bienes hereditarios”³⁴. Por consiguiente, en este caso, debe aplicarse la presunción de buena fe prevista en materia posesoria a favor del heredero aparente, según el artículo 914 c.c.

4.1. La presunción en general

En sentido amplio, la presunción significa tener por existente o acreditado un hecho del cual no se tiene certeza, cuya operatividad - y consiguiente aplicación - depende de una actividad lógica de inferencia que se realiza en el momento de valoración de la prueba dentro de un proceso. Las presunciones permiten llevar a la convicción al juez, sin necesidad de la prueba de tal o cual hecho. En resumen: las presunciones “son razonamientos lógicos que permiten establecer la verdad sobre un hecho

³³ SACCO, Rodolfo, *La Presunzione di Buona Fede*, Cit., p. 25, quien agrega, sin embargo, que “en sustancia, aunque la cuestión de la presunción general de buena fe, así presentada, se reduce a una pura cuestión exegética; y la eventual formulación de un principio general sobre la presunción de buena fe o mala fe deberá volverse posible mediante un procedimiento inductivo de los particulares casos; y no viceversa” (Cit.).

³⁴ La consecuencia es relevante, toda vez que la situación de buena o mala fe del poseedor de los bienes hereditarios determinará los alcances de la responsabilidad ante la enajenación de dichos bienes.

desconocido, probando el hecho A (hecho índice o indicador), se da por probado el hecho B (hecho desconocido)”³⁵.

Las presunciones pueden ser legales y judiciales³⁶. Las presunciones legales son aquellas predisuestas por la ley de manera específica para determinados casos, y pueden subdividirse en presunciones *iuris tantum* (admiten prueba en contrario) y presunciones *iuris et de iure* (no admiten prueba en contrario). Las presunciones judiciales, en cambio, son aquellas que se basan en reglas o máximas de experiencia del Juez que le permite y faculta formar convicción sobre determinados hechos en base a argumentos razonables y lógicos.

Ahora bien, el estudio de las presunciones corresponde a la teoría de la prueba. A tal efecto, una autorizada doctrina ha distinguido dos conceptos: 1) la carga de la prueba; y 2) la carga de presentación de pruebas³⁷: **la carga de la prueba** sería “el criterio que determina la decisión final cuando no se ha probado el hecho principal. También se conoce como *burden of proof*, “carga de persuasión” o “riesgo de no persuasión”, y se califica también como “objetiva” (*objektive Beweislast*) para subrayar que se aplica tomando como base objetiva la prueba de los hechos y las normas sustantivas que rigen el caso. [...] Esta concepción de la carga de la prueba tiene que distinguirse de otro tipo de carga probatoria que se califica como “subjetiva” (*subjektive Beweislast*), con el fin de subrayar que su objetivo es determinar cuál de las partes debe aportar al tribunal las pruebas sobre un hecho específico en el curso del proceso. También se denomina “**carga de presentación de pruebas**”, “carga de seguir adelante”, *evidentiary burden* o *Beweisfuhrungslast*, a los efectos de aclarar que se aplica en el curso del proceso, más que en el momento de la adopción de la decisión final”³⁸.

³⁵ ARIANO DEHO, Eugenia, *Materiales de Lectura de Derecho Procesal Civil*, Lima, 2005, p. 22. En contra de que la presunción corresponda a un juicio lógico: SACCO, Rodolfo, *La Presunzione, Natura Costitutiva o Impeditiva del Fatto, Onere della Prova*, en *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1957. p. 410, quien afirma, referido a la presunción legal relativa, que la ley “no fija el hecho, sino fija sólo las consecuencias jurídicas de la falta de prueba del hecho opuesto a aquel presunto” (*Cit.*) y que por ello “es suficiente no sólo para enervar la concepción de la presunción como silogismo, antes que como norma, sino también para rechazar la construcción de la presunción como “afirmación”, o sea como juicio lógico (el hecho A subsiste) antes que deontológico (el juez declara los efectos del hecho A); “y por eso no se debe ver en la presunción algo más que la simple necesidad de probar el hecho opuesto a aquel presunto” (*Cit.*, p. 409).

³⁶ Las presunciones legales y judiciales están previstas en el Código Procesal Civil (c.p.c.). Así, dice el **artículo 277.- Presunción.-** Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.

³⁷ TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 149.

³⁸ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*

La carga de la prueba correspondería entonces a un criterio final de decisión del juez, quien luego de una valoración de las pruebas determinará que el hecho o los hechos que sustentan la pretensión del demandante han sido o no probados suficientemente; y que si, a su criterio, no producen convicción, resolverá favorablemente para el demandado declarando infundada la demanda; caso contrario, el juez resolverá favorablemente para el demandante declarando fundada la demanda³⁹. La carga de presentación de pruebas, en cambio, correspondería a un criterio de asignación o distribución de la carga de la prueba entre las partes, vale decir, es “el criterio que determina “quien debe probar qué” en cada situación”⁴⁰. En este último caso, se rige por el criterio general según el cual la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que sustentan su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (Art. 196 c.p.c.).

En relación a la prueba, es decir, el elemento o la circunstancia cuya prueba es necesaria, la doctrina le ha designado el nombre de hecho constitutivo, que viene a ser el o los elementos de la hipótesis normativa que determinan la producción de efectos jurídicos predispuesto por ella. Hechos impeditivos, en cambio, serían aquellos elementos que se limitan a privar a un hecho la eficacia que de lo contrario tendrían. En consecuencia, “el elemento impeditivo tiene necesidad de prueba tanto como la circunstancia constitutiva”⁴¹. Así, por ejemplo, la revocación de la oferta, antes de conocer el oferente la aceptación, impide la formación del contrato. En este caso, los hechos constitutivos estarían conformados por oferta y aceptación que determinarían la conclusión del contrato; y el hecho impeditivo estaría conformado por la revocación de la oferta que determina la no formación del contrato.

Sin embargo, existen elementos o circunstancias (constitutivos o impeditivos) que no necesitan ser probados, y la doctrina le ha designado el nombre de presunciones. De manera que “en el ámbito de una determinada hipótesis normativa, es sabido que algunos hechos deben ser probados (de lo contrario la hipótesis normativa no puede ser operante); mientras que de

³⁹ “En realidad, el principio establece que si no se ha probado un hecho principal, no se puede aplicar la norma sustantiva que asume ese tipo de hecho como una premisa fáctica; por consiguiente, las pretensiones basadas en ese hecho y en la aplicación de esa regla deben ser rechazadas por el tribunal. **El principio se aplica en el momento en que se toma la decisión final, cuando el tribunal determina que algunos hechos carecen de pruebas suficientes y tiene que extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de esa situación. Una de estas consecuencias es que los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba suficiente de un hecho se cargan sobre la parte que formuló la pretensión basada en ese hecho**” (la negrita es nuestra) (ver: TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 146).

⁴⁰ TARUFFO, Michele, *Op. Cit.*, p. 148.

⁴¹ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 407.

otros hechos no se necesita la prueba, con tal que, sin embargo, no sea probado el hecho opuesto”⁴². Siendo así, la necesidad de prueba no deriva ni depende de la cualidad del hecho, esto es, de si trata de un elemento constitutivo o impeditivo, sino de la regla prevista por el ordenamiento jurídico⁴³. Por ello, la buena fe, por un lado, se presume en materia posesoria, pero, por otro lado, la buena fe no se presume en la adquisición de derechos del titular aparente en el caso de simulación, y debe ser probado.

4.2. Una presunción en particular: la buena fe

Visto así las cosas, la pregunta que nos formulamos es si la buena fe en sentido subjetivo viene a configurarse como elemento constitutivo o elemento impeditivo. Se ha dicho a propósito de adquisición de derechos del tercero por parte del titular aparente (Art. 194 c.c.) que en realidad, en este caso, “la buena fe no es un hecho constitutivo, sino la mala fe [es] un hecho impeditivo de la adquisición”⁴⁴, debido a que el tercero no adquiere en cuanto es de buena fe, sino en cuanto el enajenante es investido de la apariencia de derecho, y, por ende, la mala fe sería un hecho que impide la adquisición.

Para aclarar el problema, creemos que se debe distinguir claramente el elemento o hecho impeditivo en dos planos: sustancial y procesal. Así, desde el punto de vista sustancial, el hecho impeditivo viene considerado como un hecho jurídico autónomo que impide la eficacia de otro hecho jurídico y, por ende, conserva una situación jurídica preexistente⁴⁵. En

⁴² SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 406.

⁴³ SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Il Fatto, L'atto, Il Negozio*, *Cit.*, p. 22.

⁴⁴ MENGONI, Luigi. L'Acquisto “a non domino”. Milano: Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1949. p. 80. Debemos aclarar que tal afirmación se hacía referencia a las adquisiciones *a non domino* respecto del heredero aparente y del simulado aparente; y no aquellas referidas a la posesión donde considera que la buena fe, en estos casos, sí es elemento constitutivo (*Cit.*, p. 117 y 206).

Sin embargo, el autor parece haber cambiado de posición posteriormente cuando manifiesta que “la buena fe es un momento integrante de la *fattispecie* material del efecto jurídico en cuestión, es por ende, ella misma, un presupuesto constitutivo del derecho del tercero adquirente” (ver: MENGONI, Luigi, *Acquisto “a non domino”*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008, p. 163.)

⁴⁵ FALZEA, Angelo, *Il Soggetto nel Sistema dei Fenomeni Giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 14, quien partiendo del concepto de presupuesto de eficacia para que la *hipótesis normativa* pueda desplegar sus efectos afirma que “el hecho impeditivo explica su función propiamente en esta última hipótesis, y se identifica precisamente con la inexistencia de un presupuesto de eficacia. El, por tanto, siendo un hecho jurídico autónomo, explica su función insertándose entre el primer momento del proceso calificativo (con el que se atribuye a la situación de hecho relevancia jurídica) y el segundo momento (con el cual a la *hipótesis normativa* ya jurídicamente existente vienen reconducidas por la norma

cambio, desde el punto de vista procesal, el hecho impeditivo viene considerado como el reverso o el contrario del elemento constitutivo presunto (no requiere prueba en juicio) y, por ende, su prueba es necesaria (requiere prueba en juicio), si se quiere desvirtuar tal presunción⁴⁶.

En efecto, el hecho impeditivo en sentido sustancial es un hecho jurídico autónomo, por ejemplo, en los supuestos de interrupción de la prescripción (Art. 1996 c.c.) y la renuncia a la prescripción ya ganada (Art. 1991 c.c.), que impiden la extinción de una pretensión y conservan un derecho preexistente. En cambio, el hecho impeditivo en sentido procesal es el elemento opuesto o contrario al elemento constitutivo presunto y que, por tanto, necesita ser probado para que pueda desplegar su efecto típico de impedir una pérdida y conservar un derecho o una situación preexistente: por ejemplo, la prueba de la mala fe en la regla posesión equivale a título (Art. 948 c.c.) o en la usucapión abreviada (Art. 950 c.c.), que, si probadas, impedirían la adquisición de la propiedad.

Hace muchos años, el profesor Enrico Finzi, afirmaba que “la doctrina del derecho privado ignora, sustancialmente, una categoría de *hechos impeditivos*. La misma definición habitual del “hecho jurídico” parece excluir tal categoría de eventos: se suele decir, en efecto, que “hechos jurídicos son todos los sucesos al cual el derecho objetivo enlaza como consecuencia o la adquisición, o la pérdida o la modificación de un derecho subjetivo” - agregando -, pero en “esta definición, como se ve, no hay lugar para una categoría de hechos que simplemente *conservan* una situación jurídica, e impiden su alteración, sin constituirla, ni modificarla ni extinguirla”⁴⁷.

consecuencias jurídicas), de manera que su presencia paraliza, en todo o en parte, la eficacia de una *hipótesis normativa*” (Cit.). En el mismo sentido, aunque sin distinguir el momento de la relevancia del momento de la eficacia: PUGLIATTI, Salvatore, *La Trascrizione*, Volume I, Tomo I, *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale diretta dai Professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Giuffré, Milano, 1957, p. 261, quien señala que “ante todo se precisa considerar distintamente la hipótesis en la cual se tiene dos *hipótesis normativas* completas, de la cuales derivan respectivamente una situación jurídica y una causa extintiva de ella. En este caso, lo que se dice “hecho” impeditivo, como tal autónomo, constituye el elemento material de la *hipótesis normativa* extintiva de aquella situación jurídica, que ya se había constituido, en virtud de una *fattispecie* autónoma y perfecta” (Cit.).

⁴⁶ FINZI, Enrico, *Sulla Efficacia Semplicemente Conservativa della Trascrizione de cui all'art. 773, n.3. c. cmm. (Appunti e Spunti sui Fatti Giuridici Impeditivi)*, en: *Rivista di Diritto Processuale*, Volume V, Parte II, 1928, Cedam, Padova, p. 163, quien ya denunciaba “la impropiedad de la denominación hechos impeditivos atribuida a aquellos elementos del hecho jurídico que, faltando, constituyen el fundamento de las excepciones en el proceso” (Cit.).

⁴⁷ FINZI, Enrico, *Op. Cit.*, p. 163-164, quien sentencia: “existe un categoría de *hechos impeditivos*, homogéneos, en su base, a los demás hechos constitutivos y extintivos, el cual es, sin embargo, del todo diversa de aquella tradicionalmente considerada por los

En consecuencia, cuando se calificación como impositivos a determinados elementos (o hechos) de una única hipótesis normativa que no deben ser probados (por presuntos), “en realidad se busca aislar los elementos de los cuales no es necesario dar la prueba en juicio, de modo que estos elementos de hecho sólo en el plano procesal cambian de aspecto”⁴⁸ y se presentan como impositivos”⁴⁹.

Así, la buena fe prevista como elemento integrante de una hipótesis normativa tenga o no el carácter de presunto, debe considerarse sin dudas como elemento constitutivo: en otras palabras, la buena fe presunta no deja de ser un hecho o elemento constitutivo, sino que ella sólo cambia de forma en el plano procesal y viene considerada entonces como el elemento de la hipótesis normativa que no necesita ser probado en juicio.

El error de la doctrina que considera que “la buena fe no es un hecho constitutivo, sino la mala fe [es] un hecho impositivo de la adquisición”, consiste en no haber enfocado el asunto adecuadamente, pues la buena fe en sentido subjetivo es un elemento que integra una hipótesis normativa compleja y, por ende, tiene carácter constitutivo. El hecho que sea presunta, no cambia su naturaleza, sino que viene a presentarse como un elemento que simplemente no requiere ser demostrado, y sólo en el plano procesal el hecho opuesto a aquel presunto (mala fe), viene a calificarse como elemento impositivo.

Ahora bien, según las reglas de la prueba, la parte que afirma un hecho en juicio tiene la carga de probarlo. Así, el artículo 196 del Código procesal civil (c.p.c.) dispone que “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión,

procesalistas, y resulta compuesta por aquellos hechos que tienden a *conservar* una situación jurídica constituida y a *impedir* la modificación y la extinción, dispuesta por la ley en defecto de los mismos actos” (Cit. p. 165-167)

⁴⁸ Como inversión de la carga de la prueba, de manera que el hecho constitutivo A se vuelve en realidad el hecho impositivo no A, es decir, el elemento constitutivo buena fe no requiere ser probado por ser presunta, de manera que su contrario u opuesto, esto es, la mala fe se convierte en elemento impositivo que debe ser probado. La buena fe sigue siendo elemento constitutivo presunto (no requiere ser probado), y la mala fe viene a configurarse como elemento impositivo no presunto (requiere ser probado).

⁴⁹ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 261, quien señala que “desde el punto de vista lógico, se puede poner el siguiente dilema: si como “hecho” se asume la entera *fattispecie*, y no otro, los que se dicen hechos constitutivos (mejor: elementos) no constituyen el hecho completo (*fattispecie*), que comprende también los denominados hechos (elementos) impositivos; si se quiere dar un valor a la calificación de elementos impositivos, se necesita limitar tal valor en el plano procesal; ellos son, entonces, los elementos necesarios (constitutivos) de la *fattispecie* que no deben ser probados” (Cit., p. 261-263). En el mismo sentido: SACCO, Rodolfo, Con la collaborazione di Paola Cisiano, *Op. Cit.*, p. 21-22.

o a quien los contradice alegando nuevos hechos". Asimismo, coherentemente, el artículo 400 c.p.c. dispone que "si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada".

Se advierte entonces la importancia de la prueba de un determinado elemento (o hecho) de una determinada hipótesis normativa y las consecuencias de su falta de prueba en un proceso. Este fenómeno de naturaleza procesal ha sido denominado por la doctrina como el problema del riesgo de la falta de prueba. En efecto, se ha dicho que "el concepto de "riesgo de la falta de prueba" comporta una individualización del perjuicio que deriva de no lograr la demostración de un hecho"⁵⁰. En otros términos, quiere decir que el riesgo es un fenómeno individualizado, fijado sobre un sujeto de derecho, e implica la idea de un eventual perjuicio de un sujeto determinado.

El riesgo en este caso es el riesgo de la falta de prueba en juicio, tanto de los hechos que constitutivos no presuntos – hechos afirmativos - (por el lado del demandante) como de los hechos impeditivos no presuntos – hechos negativos - (por el lado del demandado). La carga de la prueba sería una consecuencia normal de la naturaleza constitutiva de los elementos de la hipótesis normativa; mientras que la presunción invertiría únicamente la carga de la prueba, dejando subsistir la naturaleza constitutiva del hecho presunto.

En efecto, las presunciones legales establecidas en diversas hipótesis normativas tienen un efecto jurídico común y relevante en el ámbito procesal: ante la presunción legal se produce el fenómeno procesal denominado inversión de la carga de la prueba. Esto se encuentra previsto en el artículo 279° c.p.c. que dice: "cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso".

No obstante, el sujeto que pretenda beneficiarse de la presunción no se libera de la carga de alegar y de acreditar el hecho que le sirve de base a la presunción establecida en la norma respectiva. Me explico: si bien en nuestra normativa relativa a la posesión, se presume la buena fe del poseedor, en la prescripción adquisitiva (breve o corta) se debe acreditar además de la posesión cualificada (esto es, la ejercida como propietario de manera continua, pacífica y pública durante 5 años) el justo título. La buena fe⁵¹ se presume a favor del usucapiente, es cierto, pero para que éste se

⁵⁰ SACCO, Rodolfo, *La Presunzione, Natura Costitutiva o Impeditiva del Fatto, Onere della Prova, Cit.*, p. 402.

⁵¹ Una precisión: la buena fe a que se refiere la norma corresponde a la buena fe posesoria, dado que la buena fe es la creencia errónea de la legitimidad del título de quien le transmitió el derecho, es decir, si era el propietario o estaba facultado para

beneficie de dicha presunción deberá probar la base factual de la posesión misma justificada por un título.

Finalmente, debemos recordar que la buena fe no siempre se presume pues existen diversos supuestos en los que es necesario probarla, como ocurre en el caso de la adquisición del simulado adquirente previsto en el artículo 194 c.c., donde expresamente la ley no hace presumir su buena fe y, por el contrario, deberá acreditarse. En las hipótesis vinculadas con la posesión, en cambio, la buena fe es presunta y, por tanto, se invierte la carga de la prueba, y es el reclamante quien deberá acreditar la mala fe del poseedor para desvirtuar la presunción de buena fe.

5. El problema de los límites de la buena fe

La buena fe en sentido subjetivo como criterio general de interpretación del comportamiento jurídicamente relevante está sometida a límites tanto internos como externos. Los límites internos están dados por una cualidad subjetiva del agente en su actuar jurídico negocial, una conducta que viene a denominarse culposa o dolosa. Los límites externos, en cambio, se refieren a una cuestión de valoración jerárquica de normas, instituciones y principios⁵² (ley imperativa, orden público y buenas costumbres).

La conducta culposa o dolosa no son sinónimos de mala fe. El dolo o la culpa sólo excluyen la aplicación de la buena fe⁵³. En el caso del dolo, resulta más evidente la exclusión de la buena fe dado que se actúa con conocimiento e intención de actuar disconforme al derecho. En cambio, en la culpa debe valorarse en concreto a la persona y su circunstancia teniendo en cuenta el parámetro de la diligencia. No obstante, creemos que a pesar que el dolo y la culpa excluyan la buena fe, no puede concluirse que sean equivalentes a la mala fe. En efecto, “si utilizamos un concepto muy amplio de dolo o culpa, haremos coincidir, con él a la *mala fe*, pero técnicamente hablando, en pura dogmática, esta acepción debe ser rechazada; frente al *dolo*, como elemento tipificador de la conducta delictiva, civil o penal, o la *culpa*, como negligencia imputable, existe la *mala fe*, que puede darse, perfectamente, sin que medie dolo o culpa, simplemente, por no concurrir la

disponer de él; siendo, sin embargo, un *non dominus*. Por ende, la presunción de buena fe prevista en el artículo 914° del Código Civil sí le es aplicable y consecuentemente le beneficia al adquirente poseedor.

⁵² DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 67. Según este autor: “Los límites externos de la aplicación de la buena fe dependen de la diversa naturaleza de las instituciones en que la buena fe se aplique, o de la actuación de un principio superior, o de una norma rígida que lo impida”.

⁵³ DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 65.

creencia o confianza adecuada para que exista la *buen fe*, ya que aquella es un concepto puramente negativo”⁵⁴.

Las normas imperativas, de orden público o las buenas costumbres no pueden quedar sin efecto en virtud de la aplicación del principio de la buena fe, dado que existe un orden preferente de valoración normativa, que viene impuesto por la jerarquía de los principios⁵⁵. En efecto, los negocios jurídicos nulos por contravenir normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres no pueden ser convalidados por la mera constatación de la buena fe de la parte afectada. La buena fe no puede ser tutelada de manera directa - salvo contadas excepciones como aquella del matrimonio putativo -, pero puede tutelarse vía responsabilidad civil, de darse el caso.

En realidad, la referencia a los límites internos de la buena fe viene configurada como su justificación a efectos de obtener una tutela efectiva, y debe responder a la pregunta ¿hasta qué punto la buena fe puede ser justificada? Por ello, y siguiendo a Andreas Von Thur, pensamos que “la ley gradúa en cada caso la medida del cuidado que se debe tener en la averiguación de los hechos para que exista buena fe. Y así, en algunos supuestos, únicamente el conocimiento de la situación verdadera excluye la buena fe (error que afecta al Registro de la Propiedad, o a la nulidad del testamento, o a la ignorancia de la cesión del crédito), en otros, la ignorancia causada por negligencia grave – aquí se trata de una interferencia entre culpa y error – destruye la buena fe (la posesión del enajenante no es un signo tan seguro de su propiedad como la inscripción); en otros casos, la ley es más severa, pues equipara la buena fe al deber de conocimiento”⁵⁶.

Si partimos de la premisa de que el comportamiento asumido por un sujeto en estado de error o ignorancia en la realización de un negocio jurídico puede generar conflictos con el interés de otro sujeto, entonces, no puede existir un sacrificio incondicionado del segundo, pues implicaría una incondicionada tutela del primero. Por ello, hemos insistido que la buena fe como condición o estado del intelecto no puede venir tutelada por el mero error o ignorancia, sino que debe tener una justificación que permita equilibrar las dos posiciones en conflicto, sin conceder una tutela incondicionada de uno y sin obtener un sacrificio incondicionado del otro.

⁵⁴ DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 64, citando a otro autor agrega que “por ello se impone separar perfectamente de un concepto genérico de dolo, relativo a cualquier maquinación, engaño, artificio o fraude, otro concepto más específico, que se limita a cualquier actuación conscientemente encaminada a producir antijurídicamente un daño a otro” (*Cit. p.65*).

⁵⁵ DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 61.

⁵⁶ Citado por: DE LOS MOZOS, José Luis, *Op. Cit.*, p. 71.

En tal sentido, se ha dicho que “una fórmula intermedia, que tenga en justa medida ambos intereses, se resuelve necesariamente en la imposición de nuevas cargas a cargo de los sujetos del negocio, y en particular del destinatario de la declaración del sujeto que yerra. El requisito de la reconocibilidad representa el instrumento del que se vale el derecho para realizar aquella forma intermedia de tutela de los intereses contrapuestos, y se resuelve en una carga de diligencia a cargo de los sujetos del negocio, para que se percaten del error objetivamente reconocible en el que ha incurrido la contraparte”⁵⁷. El parámetro de la diligencia entonces viene a configurarse como el criterio discrecional que permite valorar la conducta de un sujeto teniendo en cuenta su persona y su circunstancia, y que permite establecer si tal conducta es o no justificada.

6. La buena fe y la posesión

El artículo 914 c.c. establece una vinculación entre buena fe y posesión bajo el aspecto procesal en el sentido de que determina una presunción de buena fe a favor del poseedor de un determinado bien mueble o inmueble, salvo posesión mediata o que el bien se encuentre inscrito a nombre de otra persona.

No obstante, lo que aquí interesa resaltar es la relación entre buena fe y posesión desde el punto de vista del derecho sustancial, ello que equivale a tratar de responder la pregunta ¿cuándo la posesión resulta ser de buena fe? Aquí se necesita partir primero de una diferencia ya arraigada desde el Código Civil de 1936 y prevista en el actual Código: nos referimos a la distinción hecha por el legislador entre posesión legítima y posesión ilegítima⁵⁸.

La norma que regula la buena fe en la posesión está prevista en el artículo 906 c.c. que señala expresamente: “*la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título*”. De ella podemos resaltar y extraer los siguientes elementos: posesión, legitimidad, creencia, ignorancia, error, vicio, invalidez y título.

⁵⁷ FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto. Cit.*, p. 125.

⁵⁸ Comúnmente se señala que la posesión legítima es “aquella fundada en un derecho” y la posesión ilegítima “es aquella que se tiene sin título, por título nulo o cuando fue otorgada por un sujeto que no tenía derecho sobre el bien o no lo tenía para transmitirlo” (ver: GONZALES BARRON, Gunther, *Derechos Reales*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 312). En el mismo sentido: LAMA MORE, Héctor, *¿Es precario quien posee un bien con título manifiestamente nulo?* en: *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Número 34, Julio, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 87.

Una primera observación, nos induce a sostener que la posesión para que sea considerada de buena fe presupone siempre un título. En efecto, el legislador pensó en el elemento título para distinguir una posesión legítima (fundada en un título válido y eficaz) de la ilegítima (fundada en un título inválido, ineficaz o ausencia de título).

Una segunda observación, nos induce a decir que la creencia en la legitimidad corresponde a un juicio de valor respecto del título que justifica la posesión, en el sentido de que la persona cayendo en ignorancia o error juzga el propio título libre de cualquier impedimento legal que trunque su normal adquisición de la posesión.

Finalmente, una tercera observación, nos permite apreciar que el legislador no se preocupó de señalar expresamente el supuesto del título proveniente de un no titular o de alguien no facultado para disponer de él. Esto permite pensar que, a pesar de no estar previsto en la norma, el legislador ha tomado un concepto amplio de posesión ilegítima como aquella posesión contraria a derecho que, por consiguiente, incluiría a estos supuestos⁵⁹.

En tal sentido, lo jurídicamente relevante es que la posesión ilegítima para que se califique de buena fe presupone siempre un título (sea inválido o ineficaz, o con la fórmula más amplia contrario a derecho, o, por lo menos, un título putativo⁶⁰). Si carece de título que justifique su posesión entonces el poseedor será considerado necesariamente de mala fe porque, como acertadamente ha dicho Luigi Mengoni, “no es lógicamente posible concebir un poseedor de buena fe que sepa que no cuenta con algún título: éste no

⁵⁹ En efecto, el propio legislador ha admitido que “es preciso distinguir si la legitimidad supone necesariamente un título válido (...), si bien es indispensable que el título sea válido, puede haber posesiones ilegítimas a pesar de ello; esto es, la causa jurídica de la adquisición puede ser inobjetable pero podría ocurrir que el derecho transmitido este viciado o sea defectuoso. Así, por ejemplo, ocurre cuando un usurpador da en arrendamiento el bien que ha usurpado. El título del arrendatario es inobjetable porque su contrato lo es. Pero sin duda su posesión es ilegítima porque el arrendador carece de derecho para dar en arrendamiento” (Así: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *La Posesión en el Código Civil*, en: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1985. P. 33 -34).

⁶⁰ Son títulos putativos aquellos en que “se concede la posesión a base de un testamento que después aparece revocado; el que señala erróneamente un lote de urbanización, cuando en realidad es otro lote; cuando se entre en posesión de un bien que no estaba comprendido dentro de una masa hereditaria a la que se tiene derecho a poseer” (ver: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales*, Tomo I, Lima, Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., 1973, p. 368), es decir, son títulos putativos “porque sólo el poseedor cree en su existencia” (*Cit.* p. 367).

puede ser más que un ladrón o un inventor”⁶¹ - y agregaríamos - o un usurpador.

El código se acerca a lo que se ha denominado en doctrina la concepción absoluta que integra la buena fe con el elemento del título y señala específicamente que “la buena fe necesaria para ser admitida al beneficio de la adquisición de los frutos debería referirse tanto a la falta de titularidad del transferente, como (si subsisten) a los vicios del propio título de adquisición”⁶². Vale decir, si el adquirente poseedor conoce los vicios del título que justifica su posesión o conoce que quien le transmite la posesión carece de la titularidad del derecho, debe calificársele como poseedor de mala fe.

Así, entonces, toda posesión ilegítima para que pueda ser calificada de buena fe presupone un título que la justifique aunque sea inválido (adolece de un vicio en su estructura), ineficaz (proveniente de un no titular) o un título putativo (mera creencia en su existencia), pero siempre un título. El desconocimiento de la cualidad del título, es decir, la ignorancia o el error de adquirir la posesión mediante título inválido, ineficaz o inexistente hace surgir la creencia en el poseedor de la legitimidad de la *iusta causa possessionis* (del título). Entonces, el poseedor será reputado de buena fe cuando ostenta un título pero desconociendo sus causales de invalidez, su proveniencia de un no titular o que simplemente sólo exista en su mente, precisamente, por caer en ignorancia o error, que hace nacer en él la convicción de poseer legítimamente.

El fulcro entonces de la buena fe en la posesión es el desconocimiento (por ignorancia o error) de la cualidad del título: el desconocimiento de un impedimento legal de eficacia del título en sentido amplio.

No obstante, y en relación a la invalidez del título, un sector de la doctrina peruana sostiene que debe distinguirse el régimen de la nulidad de la anulabilidad, pues se señala que ante la presencia de un título nulo la calificación de posesión ilegítima es indudable; pero si se presenta un título anulable, no le correspondería la calificación de posesión ilegítima, sino sólo hasta que venga anulado el título por sentencia judicial firme; mientras esto

⁶¹ MENGONI, Luigi, *L'acquisto "a non domino"*, Cit., p. 208.

⁶² MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti "a non domino"*. Cit., p. 327, texto y nota al pie 37. La concepción relativa, en cambio, configura “la buena fe posesoria independiente del título” donde “perjudica al poseedor solo el conocimiento de la falta de titularidad en el transferente (*non dominus*), mientras es irrelevante el conocimiento de los vicios (si subsisten) del propio título de adquisición” (Cit.).

no ocurra, debe calificarse como posesión legítima⁶³. Sin embargo, si asumimos esta aseveración como cierta ¿Qué sucederá si el poseedor obró conociendo el error de la contraparte, con dolo o con violencia en la formación del consentimiento? ¿Es posible la existencia una posesión legítima de mala fe? Creemos que no.

En realidad, tanto la nulidad como la anulabilidad son especies de invalidez del negocio jurídico⁶⁴. En cuanto a sus efectos, el negocio nulo no produce sus efectos jurídicos típicos, no puede ser convalidado y su declaración judicial es meramente declarativa; el negocio anulable, en cambio, produce sus efectos jurídicos típicos, pero son de naturaleza precaria, puede ser convalidado mediante la confirmación y su eventual declaración judicial de invalidez es constitutiva. En consecuencia, el error de la doctrina criticada es que parte de la equivocada tesis de considerar el negocio jurídico anulable como un negocio válido, o, más precisamente, como un negocio jurídico provisoriamente válido⁶⁵ hasta que sea declarada judicialmente su invalidez. Esta tesis, sin embargo, ya ha sido criticada ampliamente por la doctrina más autorizada y con justa razón⁶⁶.

Cuando el artículo 906 c.c. habla de “vicio que invalida el título” no distingue los casos de vicios de nulidad y vicios de anulabilidad, sólo habla

⁶³ En efecto, se ha dicho que debe diferenciarse el régimen de la nulidad al de la anulabilidad pues “en el primer caso, el acto jurídico no produce efecto alguno, y la nulidad es meramente declarativa. Por tanto, si el título es nulo, el poseedor será ilegítimo. En cambio, como la anulabilidad produce efectos provisionales, los cuales pueden consolidarse con el transcurso del tiempo (prescripción extintiva de la pretensión anulatoria) o por confirmación, entonces el poseedor será considerado para todo efecto legítimo, salvo que se declare judicialmente la nulidad, en cuyo caso sí devendrá en ilegítimo” (ver: GONZALES BARRON, Gunther, *Op. Cit.*, p. 312-313.). En el mismo sentido, pero bajo la vigencia del anterior código: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Op. Cit.*, p. 122.

⁶⁴ BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 410, quien habla de “una gradación de invalidez”; SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Leysser León, Grijley, Lima, 2007, p. 506, quien se refiere a “formas principales de invalidez”; BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, Cit.*, p. 603.

⁶⁵ Esta es la tesis de: MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volume XXI, Tomo II, Milano, Giuffré, 1972, p. 296, quien afirma que “el contrato anulable es provisoriamente válido, o, con otras palabras, tiene una validez resolutivamente pendiente (nulidad suspendida); ello, en el sentido que, si ejercitada victoriosamente la acción de anulabilidad, el contrato deviene nulo. De ello se deduce que, hasta que no sea anulado con sentencia definitiva, el contrato anulable es válido” (*Cit.*).

⁶⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato, *Op. Cit.*, p. 513; BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 603-604. En doctrina nacional: TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Acto Jurídico*, Segunda edición, Idemsa, Lima, 2001, p. 682; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial, Análisis Doctrinario, Legislativo y Jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 485.

de invalidez en general que debe comprender ambos supuestos, pues no se puede distinguir donde la ley no distingue. Si se quiere entonces excluir a la anulabilidad de la norma se debe partir de la premisa dogmática, por demás equívoca, de considerar las causales de anulabilidad como un vicio del consentimiento que, sin embargo, no vuelve inválido el acto, pues sólo se podrá predicar su invalidez si media sentencia firme que la declare. Sólo así se puede concluir que un título anulable es un título legítimo, y que si posteriormente se declara la anulabilidad se convierte en ilegítimo⁶⁷.

Ahora bien, si seguimos la opinión criticada, ¿cómo debe calificarse al poseedor que toma conocimiento efectivo (error) o provoca (dolo o violencia) los vicios (causales de anulabilidad) en la formación del título? La respuesta no es otra que la de un poseedor legítimo de mala fe. En efecto, calificación de buena o mala fe depende de un estado intelectual de la persona, y no de una declaratoria de invalidez. Sin embargo, el propio legislador, y la doctrina posterior al código (incluido el autor criticado), han afirmado que sólo puede predicarse la buena o mala fe únicamente respecto de la posesión ilegítima⁶⁸.

Por ello, sostener que en los casos de título anulable la posesión siempre es legítima y, por ende, de buena fe es insostenible, pues la buena o mala fe sólo depende de un estado intelectual de la persona y no de un hecho externo. Por tanto, frente al título nulo o anulable del poseedor, nos encontraremos siempre ante un poseedor ilegítimo⁶⁹.

En conclusión, cuando el poseedor conozca efectivamente los vicios del título (correspondiente tanto a la nulidad como a la anulabilidad) nos encontraremos siempre ante un poseedor ilegítimo de mala fe, por una sencilla razón: la consideración de la buena o mala fe no depende de una declaración de invalidez del título (con efecto retroactivo en el caso de anulabilidad), sino de la ignorancia o no del vicio del propio título⁷⁰.

⁶⁷ Así: GONZALES BARRON, Jorge, *Op. Cit.*, p. 313.

⁶⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *Op. Cit.*, p. 34; LAMA MORE, Héctor, *Op. Cit.*, p. 87; GONZALES BARRON, Jorge, *Op. Cit.*

⁶⁹ Por ello, con mejor criterio, aunque bajo la vigencia del anterior código, se ha dicho que: “en buena cuenta, la legitimidad o ilegitimidad de la posesión son calidades que cobran importancia al determinarse la buena o mala fe del poseedor” (ver: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. Cit.*, p. 124.).

⁷⁰ Si se interpretara en el sentido del autor criticado que predica la validez de un acto anulable, tendríamos que la posesión que se funda en un acto anulable sería siempre una posesión legítima, trayendo como consecuencia que el conocimiento de un vicio del título por parte del poseedor no lo convertiría de mala fe, puesto que no es posible una posesión legítima de mala fe.

7. La buena fe y la apariencia

En este punto seguimos la enseñanza según la cual “la apariencia tiene relevancia sólo en las relaciones con los terceros”⁷¹. En efecto, como veremos, todos los supuestos de apariencia jurídica en sentido técnico implica la vinculación con un tercero (acreedor aparente, heredero aparente, adquirente simulado), que en función de la confianza depositada en dicha situación aparente, el derecho le otorga una peculiar relevancia jurídica digna de protección y tutela.

En el campo del conocimiento - especialmente en el campo del conocimiento indirecto⁷²- la manifestación de los fenómenos observables pueden generar dos situaciones: el conocimiento veraz y el conocimiento falaz. El primero ocurre cuando “la situación materialmente presente e inmediatamente real se tiene el aparecer de lo real como real o de lo irreal como irreal. Es, en cambio, falaz si se tiene el aparecer de lo real como irreal o, contrariamente, de lo irreal como real. A la relación falaz debe ser atribuido el fenómeno de la apariencia”⁷³.

Si partimos de esta premisa, podemos arribar a una noción clara de lo que significa para el derecho el fenómeno de la apariencia. Así, la apariencia se configura como un esquema general de relación entre un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real (fenómeno percibido) que manifiesta otro fenómeno no materialmente presente y no inmediatamente real (fenómeno inferido)⁷⁴. Sin embargo, el esquema de relación de los dos fenómenos puede ser visto y aplicado en dos planos: como fenómeno subjetivo e individual y como fenómeno objetivo y social.

En el plano subjetivo e individual la apariencia denota “una situación análoga, si no idéntica, a la situación subjetiva del error”⁷⁵, en cuanto “es una falsa representación de la realidad que se forma en la mente del sujeto y no necesariamente producida por señales falsas, pudiendo originarse, por el

⁷¹ CICU, Antonio, *Successioni per Causa di Morte, Parte Generale, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volumen XLII, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1954. p. 234. Si bien el autor se refería al caso específico de la apariencia hereditaria, creemos que es válidamente extensible a todos los supuestos de apariencia en sentido técnico.

⁷² El conocimiento indirecto “está constituido por una característica relación de inferencia. La relación directamente percibida hace inferir la existencia de otra situación que no es objeto de percepción actual”; en cambio, el conocimiento directo “se ofrece al sujeto en su material presencia y que por ende, al menos en su conjunto, es abrazado en vía inmediata por la percepción” (ver: FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 652.)

⁷³ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 661.

⁷⁴ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 103.

⁷⁵ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*

contrario, de la falta de señales o de la falta de percepción de señales exactas”⁷⁶.

En el plano objetivo y social la apariencia “no se comporta como mera ilusión de la conciencia individual, sino como contenido de la experiencia sensible del individuo”⁷⁷ “que se inserta en un determinado ambiente social como causa de un posible error colectivo, es decir, valorable como fuente de (abstracta) confianza a la generalidad de las personas”⁷⁸.

Es, pues, bajo el plano objetivo y social que la apariencia adquiere autonomía y relevancia jurídica toda vez que descansa sobre bases objetivas en consideración a un ambiente social determinado. No obstante, no debe excluirse para nada su especial nexo con el tema del error, toda vez que “una situación jurídica aparente, cuando es tomada en consideración por la ley, es relevante sólo en concurso con un (concreto) error individual, en cuanto haya inducido efectivamente en error a un tercero”⁷⁹.

La apariencia, entonces, puede definirse sintéticamente como aquella situación de hecho, apreciable objetivamente mediante signos o relaciones de significación social, que manifiesta o induce a considerar como real una situación jurídica no real, en cuanto efectivamente no existe, o existe pero con modalidades diversas.

La buena fe viene en consideración como elemento de hecho que acompaña a la apariencia en una hipótesis normativa compleja, lo que equivale a decir que ambos elementos coexisten. Por eso, no debe confundirse apariencia con buena fe, a pesar del estrecho vínculo que existe entre las dos categorías. En efecto, la buena fe siempre es considerada en su aspecto concreto y viene a tallar como límite de la tutela de la apariencia. Vale decir, que si bien la apariencia puede verificarse tal cual se manifiesta, si no viene acompañada de la buena fe no puede tomarse en consideración a efectos de la tutela. A su vez, si falta la consideración a un fenómeno aparente, la buena fe no resulta suficiente para brindar una especial protección, dado que descansa precisamente en el fenómeno de la apariencia⁸⁰.

⁷⁶ MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti “a non Domino”*, *Cit.*, p. 343.

⁷⁷ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 103

⁷⁸ MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, P. 343.

⁷⁹ MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, P. 344.

⁸⁰ PUGLIATTI, Salvatore, *La Trascrizione, La Pubblicità in Generale, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volumen I, Tomo I, Milano, Giuffré, 1957. p. 258, quien señala que “la buena fe comprende dos tipos de hipótesis: el del puro estado subjetivo y aquel del estado subjetivo sostenido por un elemento objetivo. Esto último se califica de “apariencia”” (*Cit.*).

Buena fe y apariencia entonces no coinciden, sino coexisten como elementos de una misma hipótesis normativa⁸¹. No obstante, ante el fenómeno específico de la apariencia la buena fe sólo puede ser considerada como una forma de error⁸². Pero no se trata del cualquier error, sino se “requiere que el erróneo convencimiento sea causado por una situación de hecho tal que cualquier sujeto medio de la colectividad habría caído en el mismo error”⁸³, vale decir, se trata, en realidad, de un “error objetivamente excusable del tercero”⁸⁴ dado que además de la verificación de la buena fe como estado subjetivo de la persona en cada caso, se requiere “la razonabilidad de la confianza, para que la tutela de la apariencia no se resuelva en una ventaja indebida para quien haya descuidado de verificar la realidad de las cosas y haya preferido confiarse a la apariencia de los hechos”⁸⁵.

Vemos pues que entre buena fe y apariencia no existe una relación de identidad, sino de coexistencia. Cada uno con una configuración propia y específica pero siempre en una misma hipótesis normativa. El Código Civil tutela la apariencia de manera expresa y específica en los siguientes casos: **a) adquirente simulado** (Art. 194.- *La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de **buena fe** y a título oneroso haya adquirido derechos de **títular aparente**.*); y, **b) heredero aparente** (Art. 665 (primer párrafo).- *La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin **buena fe**, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrado por el **heredero aparente** que entró en posesión de ellos.*).

8. La buena fe y la fe pública registral

La buena fe y la fe pública registral son conceptos que no se pueden equipar, pues existen diferencias notables que deben resaltarse para no caer

⁸¹ Por ello se ha dicho que “si la apariencia como elemento aislado es algo estrictamente objetivo, ello no significa que ella no pueda coexistir, en una hipótesis normativa global, con elementos subjetivos. La apariencia no puede ciertamente reducirse a la buena fe, pero puede bien acompañarse de esta última en el ámbito de una más comprensiva hipótesis normativa” (ver: FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 122.)

⁸² Como hemos señalado anteriormente, la buena fe puede ser configurada como ignorancia o error, pero en este específico punto, “la buena fe está configurada, cuando opera con la apariencia, como una forma de error” (ver: FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 123.)

⁸³ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 131.

⁸⁴ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*

⁸⁵ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, quien agrega que “si el sujeto hubiese tenido modo y posibilidad de extender el ámbito del propio conocimiento a todas las circunstancias de hecho influyentes directa o indirectamente sobre la existencia y sobre la validez de la situación jurídica, no habría caído en error” (*Op. Cit.*, p. 132.)

en equívocos. La buena fe es un especial estado intelectual de una persona que incide en su voluntad y determina su modo de actuar. En cambio, “hay fe pública registral en la medida en que los terceros pueden colocar su confianza en aquello que el Registro publica y en la medida en que, en virtud de esa confianza, la situación aparental que en el Registro existe se superpone a la auténtica realidad jurídica extrarregistral”⁸⁶; en otras palabras, la fe pública registral es un mecanismo legal de tutela que vuelve eficaz una adquisición irregular en virtud de la confianza depositada en los indicadores de publicidad.

No obstante la diferencia, la buena fe se presenta como uno de los elementos constitutivos – pero presunto - de la fe pública registral, sin embargo, la tutela no deriva de la constatación de la buena fe, sino de la relevancia directa de la publicidad registral, que ofrece a los sujetos información acerca de la titularidad de los derechos y, por consiguiente, genera una situación de confianza que el ordenamiento jurídico debe tutelar. Por ello, se ha dicho que, “de regla, la ley requiere la actuación de la publicidad, y se desinteresa de la buena fe, a la cual no atribuye particular relevancia”. [...]. La publicidad (actuada) opera como subrogado de la tutela de la buena fe y, por ende, excluye tal tutela”⁸⁷.

La fe pública registral está estrechamente vinculada a la publicidad registral, es decir, a aquel otro mecanismo legal que vuelve cognoscibles los hechos, actos y negocios jurídicos a través de un organismo institucional del Estado: La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Un desarrollo más profundo lo veremos en el siguiente capítulo.

9. La buena fe y la confianza

La buena fe en sentido subjetivo no viene en consideración aisladamente, sino que ella coexiste con otros elementos de una hipótesis normativa más compleja, de manera que la buena fe por sí misma no resultaría suficiente para justificar una tutela efectiva por parte del ordenamiento jurídico. Esto se constata sobre todo en los supuestos de adquisiciones *a non domino*, donde los elementos concomitantes como la posesión, apariencia, fe pública registral, onerosidad, etc., hacen que la buena fe por sí sola no explique adecuadamente el fundamento de la protección de los adquirentes del *non dominus*.

⁸⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero, Cuarta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 450.

⁸⁷ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 233-234.

En realidad todos los elementos que constituyen la hipótesis normativa de una adquisición a *non domino* generan una real y verdadera situación de confianza en la regularidad del acto, donde precisamente la confianza se vuelve el factor central de la protección de los terceros subadquirentes. No es la buena fe el fundamento de la protección, sino la confianza es la razón de la tutela específica mediante la configuración de una adquisición a *non domino*.

Por ello, se ha dicho que “desde este punto de vista, la confianza puede contraponerse a la buena fe en sentido estricto, como principio que, al igual que la apariencia, despliega su eficacia en el ámbito del tráfico jurídico”⁸⁸. La confianza tiene un campo de actuación más amplio que la buena fe, y debe considerarse a aquel como el núcleo central de la protección.

En consecuencia, el principio de la confianza puede ser aplicado a diversos fenómenos de la vida social que no son ajenos a los esquemas normativos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. En general, el principio de la confianza es aplicable a diversos fenómenos jurídicos tales como⁸⁹:

a) La opinión errónea de un determinado sujeto entorno a una determinada situación de hecho o de derecho (error como fenómeno psicológico y subjetivo, que se concreta en la simple protección de la buena fe: por ejemplo, la posesión ilegítima de buena fe previsto en el artículo 906, 907 y 908 del C.C.).

b) La falsa apariencia de una determinada situación de hecho o de derecho (error no en su estado subjetivo e individual, sino en el aspecto objetivo y social, que se revela mediante la tutela de la apariencia previsto en los artículos 665 y 194 del C.C.);

c) La presencia de determinados indicadores típicos que no corresponden a la efectiva situación de hecho o de derecho (sobre todo los indicadores de publicidad o la publicidad registral, específicamente el supuesto de hecho complejo contemplado en el artículo 2014 del C.C.).

⁸⁸ PIETROBBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Mariano Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, p. 252.

⁸⁹ SACCO, Rodolfo, voce *Affidamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Giuffré, Milano, 1958, p. 661.

10. Buena fe y adquisición *a non domino*

En las adquisiciones *a don domino* la buena fe no consiste en la ignorancia de los vicios del título de adquisición (nulidad o anulabilidad), toda vez que los vicios del título adquieren carácter de objetividad, pues, aun en el caso que el adquirente desconozca los vicios del título, no puede adquirir ningún derecho dado que faltaría el denominado justo título o título idóneo. La buena fe, más bien, consiste en la ignorancia de contratar con un no titular o con alguien no autorizado por el verdadero titular.

Por ello, se ha dicho que “elemento constante de todas las *fattispecie* de adquisición *a non domino*, asumido por la ley como criterio de justificación de la subordinación del interés del tercero titular del derecho al interés del adquirente, es la buena fe de este último”⁹⁰.

Por consiguiente, la buena fe en los supuestos de adquisición *a non domino* tiene una connotación específica consistente en el error o ignorancia de contratar con un *non dominus* con la finalidad de adquirir un determinado derecho subjetivo: la propiedad. Esto se verá más claramente cuando analicemos los supuestos de adquisición *a non domino*.

⁹⁰ MENGONI, Luigi, *Acquisto “a non domino”*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008, p. 163.

CAPÍTULO TERCERO

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

En este capítulo nos adentraremos al problema central de las adquisiciones a *non domino* estableciendo el problema práctico que intenta resolver para comprender su estructura y su función a fin de determinar su contenido y su concepto. Asimismo, analizaremos los sistemas jurídicos más importantes para comparar los modelos jurídicos y sacar conclusiones provechosas, así como revisar las disposiciones de nuestra normativa civil respecto de esta particular y excepcional forma de adquisición de la propiedad.

1. El problema y el concepto de adquisición a *non domino*

En nuestro sistema de transmisión de propiedad, la transferencia de bienes muebles se produce con la tradición a su acreedor (Art. 947 c.c.) y la transferencia de bienes inmuebles se produce con el solo consentimiento de las partes (Art. 949 c.c.). Como hemos tenido ocasión de ver¹, la circulación jurídica de bienes muebles se realiza mediante un hecho jurídico consistente en un acto material de entrega de un determinado bien a quien debe recibirlo, según el título de la obligación; y, la circulación jurídica de bienes inmuebles se realiza mediante la sola obligación de enajenar que hace propietario directa e inmediatamente al adquirente, al momento de la celebración del contrato.

Ahora bien, este esquema legal general de transferencia de la propiedad supone la realización de un acto propio del propietario o de alguien designado o autorizado por él (mandato, representación, etc.), dado que la

¹ Ver: capítulo primero.

regla para la transmisión de la propiedad presupone las transferencias voluntarias.

No obstante, nuestra normativa civil ha establecido diversos supuestos de adquisición de la propiedad que no deriva necesariamente de transferencias voluntarias, de un acto propio del titular o de alguien autorizado por éste, sino que el efecto adquisitivo se produce en virtud de otro tipo de consideraciones dirigidas fundamentalmente a tutelar a los adquirentes de buena fe en la circulación jurídica de los bienes. A esta forma de adquisición, hace ya mucho tiempo, la doctrina le ha designado el *nomen iuris* de “adquisición *a non domino*”, que comprendería una serie de fenómenos de adquisición de la propiedad que no derivan de transferencias voluntarias ni de transferencias coactivas².

El problema de las adquisiciones *a non domino* entonces se presenta cuando quien pretende transferir un bien mueble o inmueble no es el propietario ni cuenta con poder o facultad para disponer de él, es decir, cuando estamos ante la presencia de una persona distinta y extraña en relación con el titular, un *non dominus*; y, no obstante, este sujeto actúa y contrata en nombre propio como si fuese el dueño con otro sujeto denominado tercero, quien confiando en la regularidad del acto, logra adquirir, empero, el bien objeto de transferencia. El problema pues comprende a tres sujetos: el propietario (titular), el *non dominus* (no titular) y el tercero adquirente. Pero el problema sólo se decide y resuelve – como veremos - sobre la base una valoración normativa del interés del propietario y del interés del tercero adquirente³.

Hay que aclarar inmediatamente que el concepto de *non dominus* no es intercambiable con el concepto de no titular, toda vez que es legalmente posible que un no titular pueda disponer del bien ajeno eficazmente en aquellas hipótesis en que se encuentre autorizado expresamente por ley o por contrato, tal como ocurre en el caso de la garantía mobiliaria pues el acreedor tiene el “derecho de vender” el bien mueble garantizado ante el incumplimiento del deudor (Art. 10 y 12 de la Ley de Garantía Mobiliaria) y en el caso del mandato sin representación que

² Las transferencias coactivas son aquellas que derivan de la intervención del poder estatal: expropiación por necesidad pública y la ejecución forzada de los bienes del deudor (véase capítulo primero).

³ En efecto, hace ya muchos años, el ilustre jurista Francesco Carnelutti había advertido que en estos casos existe un conflicto de intereses - cada uno igualmente digno de tutela - que el ordenamiento jurídico no puede dejar de resolver: el interés del comprador de adquirir el bien ajeno y el interés del propietario de conservar su propiedad; y ver cuál de ellos deba ser sacrificado es una cuestión que no se puede resolver sin gran cautela (Ver: CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Giuridica della Circolazione*, Padova, Cedam, 1933, p. 148).

contenga la autorización para disponer de bienes del mandante (Art. 1809, 1810 y 1811 c.c.). Por ello, se puede decir que todo *non dominus* es un no titular, pero no que todo no titular es un *non dominus*. La noción de *non dominus* entonces es más restringida de la de no titular.

Ahora bien, ¿cómo se explica la adquisición de la propiedad proveniente de un *non dominus*? Si se tiene en cuenta sobre todo que el antiguo aforismo romano de razón lógica *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁴ - significa que “nadie puede disponer más de lo que tiene” - se eleva como razón o principio fundamental para rechazar cualquier intromisión sobre el patrimonio ajeno, ¿cómo es posible entonces este fenómeno? La respuesta sólo se puede obtener apelando a la historia, y en ella se puede apreciar que son los cambios económicos y sociales de la sociedad los factores que producen la evolución y transformación del derecho⁵.

En efecto, la historia ha demostrado que ningún modelo jurídico o paradigma es absoluto, es decir, las reglas y los principios que originalmente tienden a considerarse como absolutos, con el paso del tiempo van perdiendo esa fuerza o carácter y luego vienen revisados, flexibilizados o cambiados - hasta incluso convertirse en su opuesto -, a fin de adaptarse a las nuevas condiciones y necesidades histórico-sociales⁶.

1.1. Notas críticas sobre el dogma de la voluntad

Un claro y evidente ejemplo de anteriormente dicho es lo que ha sucedido con el dogma de la voluntad en la teoría del negocio jurídico. Veamos.

La concepción originaria del negocio jurídico tenía como punto central de referencia la voluntad del sujeto, que se identificaba con la “declaración de voluntad” no sólo en el sentido de la voluntariedad del acto,

⁴ La máxima se encuentra en D. 50, 17, 54.

⁵ En efecto, sólo basta recordar como el antiguo derecho romano tuvo que adaptarse a las necesidades cambiantes de los tiempos producto de las relaciones comerciales de Roma con el mundo a partir del siglo III a. C., de manera que, “dada esta situación, la entrada de Roma en la corriente total del tráfico mundial debió de conducir a nuevas creaciones, pródigas en consecuencias para la vida jurídica romana” (ver: KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Traducción del alemán de Juan Miquel, Novena edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999, p. 83 y sgtes.).

⁶ Así, se ha dicho con razón que “es necesario entender entonces que si, por un lado, el derecho pretende ser estable, pero, por otra parte, no puede permanecer invariable, sino que, por el contrario, debe ir cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades” (ver: RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, México, Editorial Porrúa, 1973, p. 591).

sino también en el sentido que la voluntad estaba dirigida a conseguir un efecto jurídico, y era por ende su “creador”⁷. Esta es pues la clásica teoría de la voluntad que sostenía el imperio de la voluntad interna, pero no la voluntad en sí misma considerada, sino que “como hecho interior e invisible necesita una señal exterior que la haga reconocer y esa señal por la que se manifiesta la voluntad, es la declaración”⁸. Empero, si la voluntad falta, no hay negocio. Por ello, cada vez que se constate que la declaración no corresponda a la voluntad, se debe derivar como lógica consecuencia la invalidez del negocio⁹.

Ahora bien, semejante dogma de la voluntad tuvo como corolario, en un primer momento, el derecho natural de corte individualista de los siglos XVII y XVIII que “se muestra fruto de aquella misma mentalidad abstracta y antihistórica que fue a buscar en un “contrato” la génesis de la sociedad humana”¹⁰, y, en un segundo momento, la Escuela histórica del derecho alemana que se inspiró “en la moral liberal de los deberes y de las libertades individuales, a fin de cuentas bastante cercana a la ética burguesa del Siglo de las Luces”¹¹.

En este contexto, la propiedad no fue ajena al principio, dado que “en el siglo XVIII, la sociedad que, liberada de los vínculos del sistema post-feudal, se preparaba a la construcción del nuevo orden económico capitalista liberal que nacía de la revolución industrial, pedía garantías seguras frente al Estado y exigía un verdadero y propio estatuto de la propiedad privada, base de la riqueza y de la actividad económica”¹², para lo cual ideológicamente ya se había diseñado para la propiedad “la concepción de orden filosófico que

⁷ GIORGIANNI, Michele, voce *Volontà (Diritto Privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1049.

⁸ SAVIGNY, Carlos Federico De, *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo II, 1879, citado por TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto Jurídico*, Segunda edición, Idemsa, Lima, 2001, p. 108, quien agrega que “la voluntad interna, como lo verdadero y efectivamente querido, es el elemento necesario para la creación, interpretación y efectos del acto jurídico” (Cit.).

⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Op. Cit.*, p. 110.

¹⁰ BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 60, quien agrega que “la concepción individualista, que inspira el dogma de la voluntad, impulsa inconscientemente a buscar la justificación del efecto jurídico a ocasionarse en la voluntad [...], y haciendo reconocer en ella su causa exclusiva o principal” (Cit.).

¹¹ CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Traducción del francés de Laura Gutierrez-Masson, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1996, p. 197, quien agrega que “la escuela histórica dotó a Alemania de una ciencia jurídica no sólo de una gran perfección técnica sino también capaz de elaborar, en el siglo de la libre empresa y del triunfo de la revolución industrial, los instrumentos conceptuales que, extraídos de las fuentes romanas, permitieron a los juristas de la Europa continental tratar de forma adecuada los problemas que planteaban las nuevas formas productivas” (Cit.).

¹² COMPORTI, Marco, *Ideología e Norma nel Diritto di Proprietà*, en *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXX, Numero 3, maggio-giugno, Padova, Cedam, 1984, p. 292.

exaltó tal derecho como derecho natural e innato, sacro e inviolable del hombre”¹³, lo que importaba que todo sujeto es soberano de sus derechos, de manera que sólo puede perder algún derecho en virtud de un acto libre de propia voluntad o ser privado por razones de necesidad pública.

La teoría de la declaración, en cambio, se ubica en el extremo opuesto, pues privilegió exclusivamente la exteriorización de la voluntad, señalando que la declaración, y no la voluntad, es el hecho fundamental que produce efectos jurídicos, sin considerar si han sido queridos por el agente; es decir, sólo la declaración entendida como hecho socialmente apreciable es el fundamento del vínculo jurídico o del efecto, y, por consiguiente, la culpa o el dolo del declarante no puede perjudicar al destinatario de la declaración. Por ello, gracias a la teoría de la declaración es que “emerge el tema de la protección de la confianza, es decir, la protección de los destinatarios de la manifestación negocial”¹⁴.

En este orden de ideas, se puede decir que “estas teorías – ligadas, esencialmente, a la definición del negocio como declaración de voluntad – se expresan conforme a una línea de pensamiento que, luego de atribuir preeminencia primitiva al contenido (la voluntad) sobre el continente (la declaración), ha terminado afirmándose en posiciones que, modificando la perspectiva inicialmente seguida, ven prevalecer a la declaración, por encima de la voluntad”¹⁵.

No obstante, debido fundamentalmente a las exigencias de la buena fe, la lealtad, el tráfico y la seguridad de las relaciones jurídicas, la díada declaración-voluntad, por una cuestión de equidad, vino a ser equilibrada, y en consecuencia “se afirmaron la tesis de la responsabilidad y luego de la confianza”¹⁶.

La teoría de la responsabilidad tiene como punto de referencia al declarante y está emparentada con la teoría de la voluntad en el sentido de que admite que la voluntad es el elemento que da origen al negocio jurídico y sus efectos; pero en el caso de que exista discrepancia entre voluntad y declaración, el destinatario de la declaración puede confiarse de esta última, si dicha divergencia proviene del dolo o culpa del declarante¹⁷. Por tanto, el límite de la voluntad se encuentra en la culpa del declarante.

¹³ COMPORTI, Marco, *Op. Cit.*, p. 290.

¹⁴ BATTISTA FERRI, Giovanni, *El Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Leysser León Hilario, Lima, Ara Editores S.A., 2002, p. 95-96.

¹⁵ BATTISTA FERRI, Giovanni, *Op. Cit.*, p. 94.

¹⁶ GIORGIANNI, Michele, *Op. Cit.*, p. 1049.

¹⁷ PUGLIATTI, Salvatore, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, México D.F., Porrúa Hnos. y Cia., 1943, p. 263-264.

La teoría de la confianza, en cambio, tiene como punto de referencia al destinatario de la declaración y es afín a la teoría de la declaración pues, según esta teoría, “la voluntad declarada prevalece sobre la voluntad efectiva, o hace las veces de voluntad inexistente, cuando, con la declaración, se haya suscitado en el destinatario de ella una legítima expectativa, de manera que haya tenido razón para pensar – habida cuenta todas las circunstancias objetivas – que la declaración que se le haya hecho llegar era normal y, por consiguiente haya tenido razón para contar con ella y sus efectos, comportándose en consecuencia”¹⁸. Por tanto, se tutela la confianza no culposa del destinatario de la declaración.

En resumen, se puede decir que la teoría de la responsabilidad se atiene a la culpa o dolo del declarante y se configura como el límite de la tutela de la voluntad de éste último; en cambio, la teoría de la confianza se atiene a la culpa o dolo del destinatario de la declaración, aun cuando no haya correspondencia con la voluntad real del declarante.

Sin embargo, se ha dicho que en realidad “el principio de la responsabilidad está coordinado con el de confianza. La misma razón determinante del principio de responsabilidad, que es la necesidad de proteger a los terceros, fija su límite: es preciso que los otros hayan confiado o podido confiar, es decir, confiado sin culpa en el comportamiento ajeno. El principio de responsabilidad, cuando se combina con el de confianza, ilumina y domina incluso a éste, una confianza culpable, irrazonable, no puede admitirse. Pero la limitación se halla condicionada, de un lado, por la responsabilidad del sujeto; por otro, por la razonable confianza de los demás”¹⁹.

En este mismo contexto, la propiedad no fue ajena a las teorías expuestas, dado que dichas teorías (de la confianza y de la responsabilidad) fueron formuladas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, es decir, en pleno auge del liberalismo económico y del capitalismo industrial, y fue entonces necesario revisar también el carácter sacro e inviolable del derecho de propiedad que se pregonaba sobre la base del dogma de la voluntad.

En efecto, el Código civil francés de 1804 era un cuerpo normativo dominado fuertemente por el dogma de la voluntad, donde sólo el titular podía disponer eficazmente de su propiedad, excepto la puntual excepción de la regla posesión equivale a título previsto en el artículo 2279²⁰ en materia

¹⁸ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, 1979, citado por TORRES VASQUEZ, Aníbal, *Op. Cit.*, p, 115.

¹⁹ CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio jurídico*, Traducción del italiano de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar S.A., 1956, p. 5

²⁰ **Art. 2279 del Code Napoléon.-** Tratándose de muebles, la posesión equivale a título; sin embargo, el que haya perdido o le haya sido robada una cosa, puede reivindicarla

mobiliaria. No obstante, “la obra de la doctrina francesa primero, luego (segunda mitad del siglo XIX) la obra de la jurisprudencia, e, ininterrumpidamente, la obra de la legislación post-código [...], han creado y alargado numerosas brechas en el sistema iusnaturalista napoleónico”²¹, debido fundamentalmente a “la crisis de la concepción individualista de la propiedad, por diversos factores ideológicos y socioeconómicos”²².

Así, con el crecimiento del intercambio y la circulación de bienes, la entrada y el triunfo del capitalismo en el siglo XIX, se advirtió que la tutela absoluta de la propiedad bajo el estandarte del señorío de la voluntad no era la solución más adecuada para los nuevos tiempos, siendo entonces revisada y con el tiempo flexibilizada: inicialmente, en el derecho mercantil o comercial, para luego entrar en todas las relaciones jurídicas privadas, sobre la base de la tutela de confianza, la lealtad, la buena fe y la seguridad del tráfico.

Por ello, resulta “significativo al respecto que el *Burgerliches Gesetzbuch*, el nuevo código civil alemán, promulgado en 1896, abandone los principios inspiradores del *Code Napoléon*, y omita la definición del derecho de propiedad y la enunciación de su naturaleza absoluta, limitándose a prever el contenido de la posición del propietario, pero puesto en relación con la posición de los terceros: “en la medida en que la ley o el derecho de los terceros no se opongan, el propietario de una cosa tiene la facultad de usarla como le parezca y de impedir todo ejercicio de parte de terceros” (Parágrafo 903 B.G.B.)”²³.

En tal sentido, la tutela de los terceros y la protección de la confianza resultan ser los nuevos modelos o paradigmas del derecho contractual moderno. No obstante, sería erróneo llegar al extremo opuesto y negar relevancia a la voluntad. En realidad “tanto la voluntad como la confianza son objeto de tutela por parte de la ley, siendo más bien tarea de la doctrina el armonizar las varias disposiciones en una construcción conceptualmente determinada”²⁴. De este modo, la relevancia de la voluntad y la tutela de la confianza no son para nada excluyentes sobre todo si revisamos el tema de error en los negocios jurídicos, donde el error si es conocible a la contraparte, hace del negocio anulable.

durante tres años contados desde el día de la pérdida o robo de aquel en cuyo poder la encuentre, salvo el recurso que éste tiene contra aquel de quien la recibió.

²¹ SACCO, Rodolfo, voce *Affidamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 661.

²² COMPORTI, Marco, *Op. Cit.*, p. 307.

²³ COMPORTI, Marco, *Op. Cit.*

²⁴ PIETROBBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Mariano Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, p. 88.

1.2. La declaración de voluntad del *non dominus*

Volviendo al problema de la adquisición *a non domino*, debemos señalar que la declaración de voluntad del *non dominus* es relevante en tanto y en cuanto el acto o negocio esté dirigido – aunque no lo provoque - a transferir la propiedad. En este caso, la voluntad o la formación de la voluntad del *non dominus* no puede adolecer de vicios insubsanables (por ejemplo: incapacidad absoluta), pues se encontraría incurso en causal de nulidad y vendría a menos una manifestación de voluntad así formulada.

Ahora bien, lo peculiar y típico de esta figura es que la voluntad o declaración de voluntad no proviene del titular del derecho, sino de una persona distinta y extraña: un *non dominus*, que pretende transferir en nombre propio un bien que no le pertenece. Por ello, la declaración de voluntad de éste resulta relevante jurídicamente si y sólo si: **a)** es existente; **b)** es en nombre propio; y **c)** es válida.

a) La declaración de voluntad del *non dominus* debe tener existencia en el sentido de que debe referirse “al acto de configuración jurídica como tal, que tiene por contenido la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”²⁵, esto es, que “la relación jurídica a establecer se “exponga a la contemplación de las partes y de los demás” por medio del acto jurídico negocial, y esto significa sobre todo mediante la declaración de voluntad o las declaraciones de voluntad”²⁶.

Así, entonces, la declaración debe ser visible, reconocible y seria, y debe tener por contenido un acto de disposición de la propiedad.

b) La declaración de voluntad debe ser en nombre propio. Si el *non dominus* actúa en nombre ajeno sin contar con poder (falso representante del propietario), el acto se reputará nulo toda vez que para disponer de la propiedad del representado se requiere que el poder conste en escritura pública, bajo sanción de nulidad (Art. 156 c.c.). Si el *non dominus* se hace pasar o usurpa el nombre²⁷ del propietario, falsificando su firma, resulta claro

²⁵ FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*, cuarta edición, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 79.

²⁶ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 86. Obviamente se excluyen “las declaraciones hecho en broma, escénicas, realizadas con fines didácticos o por cortesía, o sea, aquellas en las cuales el agente no desea vincularse jurídicamente y dentro del contexto en el cual se dan, es notorio y evidente que es así” (ver: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial, Análisis Doctrinario, Legislativo y Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 500).

²⁷ La Sala Civil de la Corte Suprema claramente ha dicho: “existirá usurpación de nombre cuando éste sea utilizado ilegítimamente por una persona que no es titular del mismo, uso que puede ser directo cuando existe un apoderamiento del nombre, es decir que una

que estaremos ante un supuesto de ausencia o falta de manifestación de voluntad, toda vez que “la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se atribuye la misma. Esto sucede [...] cuando la firma del sujeto al que se le atribuye la manifestación (escrita) ha sido falsificada”²⁸.

La ausencia de manifestación de voluntad supone la imposibilidad de imputar eficazmente una manifestación de voluntad a quien se señala como autor de la misma. En consecuencia, donde haya firma falsa no habrá manifestación de voluntad.

c) La declaración de voluntad debe ser válida, es decir, no debe estar incurso en alguna causal de nulidad prevista en el artículo 219 c.c. En el caso de ser una declaración anulable por error, dolo, violencia o intimidación, el acto produciría efectos jurídicos provisionales, pero precarios, hasta que se declare judicialmente la anulabilidad. En realidad, no tiene importancia la eventual causa de anulabilidad si no interviene un pronunciamiento judicial de anulación, pues de no producirse la declaración judicial de anulabilidad o prescribe la acción de la misma – o, incluso, si viene confirmado -, la declaración de voluntad será jurídicamente relevante.

En este orden de ideas, la declaración de voluntad del *non dominus* destinado a transferir la propiedad de un determinado bien – aunque *per se* no lo provoca – adquiere una especial relevancia jurídica si cumple con los tres requisitos o presupuestos ya mencionados (existencia, en nombre propio y validez). En efecto, debe quedar claro que el efecto adquisitivo no se explica por el acto o negocio mismo, pues éste es ineficaz, sino que sólo viene considerado como un hecho jurídico²⁹ o elemento de una hipótesis normativa que, acompañada de otros elementos, produce el efecto adquisitivo, por una especial protección que se concede a la confianza depositada por el adquirente en la regularidad del acto jurídico.

persona se identifique con el nombre de otra, y también puede ser indirecto, cuando se use el nombre ajeno no para identificarse sino para consignarlo en documentos o citarlo para atribuirle una manifestación de voluntad” (el subrayado es nuestro) (Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derechos de las Personas*, Tercera edición, Lima, Editorial Huallaga, 2001, p. 304).

²⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Comentario al Artículo 219 del Código Civil*, en *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Juristas*, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2003, p. 916.

²⁹ Así, se ha dicho: “La enajenación obtiene relevancia no como negocio, sino como hecho que concurre con otros hechos (entre los cuales, infaltable, la buena fe del adquirente), para integrar una hipótesis legal de adquisición, predispuesta a tutela de la confianza del tercero” (ver: MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti “a non domino”*, Terza edizione, Milano, Giuffrè, 1975, p. 7).

Sostener e insistir, en cambio, que la declaración del *non dominus* que dispone de un derecho que no le pertenece incurre siempre y en todos los casos en la causal de nulidad por falta de manifestación de voluntad de su titular (del propietario), es pues una reminiscencia y una vuelta al ya criticado - y superado - dogma de la voluntad, que sostenía que sólo a través de un acto libre de propia voluntad se puede perder o verse privado de algún derecho, pues todo sujeto es soberano de sus derechos y nadie puede interferir en su esfera jurídica, sino media la soberanía de su voluntad.

En realidad, la relevancia de la voluntad debe verse en su justa medida y en sus reales términos. No se trata de rechazar o negar la voluntad como elemento esencial de los negocios jurídicos³⁰, pero tampoco se trata de hacer depender exclusivamente de la voluntad del titular del derecho la producción de efectos jurídicos. En efecto, de un análisis de nuestro derecho positivo se puede colegir que la circulación de bienes no se produce siempre por medio de transferencias voluntarias (negocios jurídicos, contratos), sino que además se dan a través de transferencias coactivas (expropiación, ejecución forzada, decomiso), así como también mediante la denominada adquisición *a non domino*.

En consecuencia, se puede decir, con mucha razón, que “en ningún ordenamiento jurídico, histórico o moderno, el consentimiento del titular del derecho sea siempre necesario y suficiente para determinar todos los fenómenos de la circulación”³¹. Así, entonces, la relevancia de la declaración de voluntad del *non dominus* debe considerarse única y exclusivamente como imputación o atribución jurídica del acto a su autor, es decir, como sujeto autor del acto. En otros términos: “importa sólo, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, que el acto venga considerado como realizado por el sujeto en cuestión”³²; en otro términos, que la declaración sea materialmente imputable al autor. Si no existiese tal imputación del acto a su

³⁰ PUGLIATTI, Salvatore, *La Volontà Elemento Essenziale del Negozio Giuridico*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte prima, Volume XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1940, p. 240, quien afirma que “la noción más general de negocio jurídico se construye considerando la voluntad como único elemento esencial y mínimo denominador común. Si viene a menos este elemento, la noción misma del negocio jurídico se disuelve” (*Cit.*); LEON HILARIO, Leysser, *Apuntes Sobre el Papel de la Voluntad en los Negocios Jurídicos (con especial referencia a los contratos)*, en AA.VV., *Estudios Sobre el Contrato en General*, Lima, ARA Editores, 2003, p. 909.

³¹ SACCO, Rodolfo, voce *Circolazione Giuridica*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 8.

³² FALZEA, Angelo, *Il Soggetto nel Sistema dei Fenomini Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 163, quien agrega que “importa, esto es, la imputación desde el punto de vista psicológico del acto a su autor, en cuanto se reconoce que el hecho jurídico es un producto de la actividad volitiva de un determinado sujeto” (*Cit.*); PIAZZA, Gabriello, *Negozio Sotto Nome Altrui*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 123-124.

autor, estaríamos en el caso de la usurpación de nombre (en la modalidad de falsificación de firma) y, por consiguiente, el acto devendría nulo.

Por ello, no hay ausencia o falta de manifestación de voluntad, todo lo contrario, existe una declaración de voluntad pero proveniente, y atribuible materialmente, del *non dominus*, y sobre esta declaración se debe realizar el juicio de relevancia jurídica. Pero debe quedar claro que la adquisición del derecho por parte del tercero adquirente no opera en virtud del acto de disposición del *non dominus*, sino que es necesario e imprescindible que se verifiquen otros elementos contenidos en la norma para este tipo de adquisición, que pueden ser concomitantes o no, pero dirigidos a tutelar la confianza en la circulación jurídica de los bienes.

Visto así las cosas, podemos conceptualizar, preliminarmente, la adquisición *a non domino* como una forma – excepcional, si se quiere - de adquisición de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja (normalmente un derecho subjetivo – la propiedad) que supone un acto de disposición en nombre propio de una determinada persona (*non dominus*) que no ostenta la titularidad ni cuenta con autorización para disponer del bien objeto de disposición, pero que en virtud de una especial tutela basada en la buena fe, la posesión, la apariencia y/o la publicidad registral (elementos concomitantes o no) que generaron la confianza de la otra parte en la regularidad del acto, el negocio jurídico celebrado que de ordinario sería ineficaz (no inválido), junto con los demás elementos que cada hipótesis normativa prevé, logra obtener una relevancia y eficacia jurídica propia, produciéndose de esta manera el doble efecto: la pérdida del derecho del (verdadero) propietario y la adquisición (*a non domino*) del derecho a favor del tercero³³.

³³ Francesco Carnelutti denominará a esta eficacia adquisitiva un milagro jurídico. En efecto, el ilustre autor manifestó alguna vez que: “Por regla quien no tiene un derecho, no lo puede transmitir. Esta es una de aquellas leyes lógicas que tienen, en el campo del derecho, el valor de leyes naturales.

Pero también el derecho, como en la naturaleza, hay algunos milagros. Un verdadero milagro del derecho, entre otros, es que quien no tiene un derecho sin embargo lo pueda transmitir. La adquisición *a non domino*, lógicamente inadmisibile, puede ser jurídicamente eficaz.” (Ver: CARNELUTTI, *Efficacia Rispetto ai terzi della Sentenza che Dichiara la Simulazione Assoluta di una Vendita*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Volume II, Parte I, 1947, Cedam, Padova, p. 269.). No obstante, se debe hacer una observación a la postura del ilustre autor en el sentido de que en las adquisiciones *a non dominio* si bien el transferente realiza un acto de disposición, la adquisición no opera en virtud de este acto, sino en virtud de una valoración de los elementos de una hipótesis normativa más compleja.

2. La adquisición *a non domino* en el derecho comparado

Ahora bien, para el estudio de esta figura debemos partir – aunque sea someramente - desde una perspectiva histórico-comparativa que nos permita conocer los diversos modelos jurídicos en su devenir histórico, en sus conexiones, en sus diversificaciones y su posterior circulación. Para ello, sólo tomaremos nota de los principales sistemas extranjeros, cuyo influjo se ha dejado sentir fuertemente en nuestro medio, nos referimos al derecho francés, alemán e italiano.

2.1. Código Civil francés (*Code Napoléon*)

El Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia francesas inicialmente tomaron una actitud negativa y de rechazo a cualquier intromisión sobre el patrimonio ajeno sobre la base del ya referido dogma de la voluntad, estableciendo originalmente la nulidad de la compraventa de bien ajeno³⁴. A pesar de semejante disposición, ha sido labor de la doctrina y, fundamentalmente, de la jurisprudencia francesa post-código que se logró una flexibilización de la sanción de nulidad para el contrato de bien ajeno, estableciendo la nulidad relativa antes que la nulidad absoluta³⁵.

En cuanto a la adquisición *non domino*, existía sólo una norma dirigida a derogar la soberanía de la voluntad y se encuentra prevista en el artículo 2279 del *Code*, denominada por la doctrina como la regla posesión equivale a título. Dicha regla constituía originaria e históricamente en “una limitación del poder de reivindicación en materia mobiliaria, y tiende a poner a todo tercero poseedor a salvo de las pretensiones del propietario”; “sin embargo, los intérpretes, introduciendo el doble requisito de la buena fe del tercero y de la precedente entrega del bien por el *non dominus* enajenante del tercero, han transformado la regla del Art. 2279 en una aplicación del principio de la confianza, dirigida a proteger la buena fe del tercero apoyada en la detención (índice externo y aparente de propiedad) de su transferente”³⁶.

Por ello, se ha dicho que “el principio del art. 2279, con relación a los terceros, se convierte, no sólo en un procedimiento de legitimación respecto a la realidad del derecho transmitido, sino en una causa de consolidación en punto al procedimiento de transmisión”, agregando que “esta interpretación dominante del artículo equivale a decir que, habiéndose el poseedor actual

³⁴ **Artículo 1599 del *Code Napoléon*.**- Es nula la compraventa de bien ajeno [...].

³⁵ CARIOTA FERRARA, Luigi, *I Negozi sul Patrimonio Altrui, con Particular Riguardo alla Vendita di Cosa Altrui*, Padova, Cedam, 1936, p. 260, nota al pie 3.

³⁶ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 667.

entendido de buena fe con persona distinta del propietario, éste no puede impugnar la validez ni la existencia del título de adquisición”³⁷.

En otro caso, fue mérito de la jurisprudencia francesa el haber reconocido la eficacia de la adquisición del tercero que haya actuado de buena fe mediante convención onerosa concluida con el heredero aparente, pues “entre un heredero inerte y negligente y un adquirente irreprochable, víctima de un error común e invencible, es a éste a quien debe darse la preferencia: el acto en el cual ha participado, debe seguir en pie a pesar de la evicción de aquel de quien emana”³⁸. Y del mismo modo ocurrió cuando decidieron proteger al adquirente del simulado adquirente en la simulación de los convenios, convirtiendo el artículo 1321 del *Code* de una norma procesal (dado que se ubica en la sección relativa a la prueba de las obligaciones) en una regla sustancial³⁹.

Se confirma entonces que interpretaciones posteriores a la promulgación del *Code* han abierto brechas en el sistema napoleónico de inspiración iusnaturalista que descansaba sobre la base de la libertad individual y el carácter absoluto de la propiedad privada. Por lo que podemos concluir que la adquisición *a non domino* vino implícitamente reconocida en el derecho francés fundamentalmente gracias a la interpretación jurisprudencial y doctrinal.

2.2. Código Civil alemán (*BGB*)

A diferencia del *Code Napoléon*, el modelo alemán estableció expresa y claramente la posibilidad de la adquisición de cosas muebles provenientes de un no titular siempre que el adquirente haya actuado de buena fe al momento de la entrega de la cosa, según el parágrafo 932 del *BGB*⁴⁰. Asimismo, en cuanto a las adquisiciones de bienes inmuebles provenientes de un no titular, se estableció la regla según la cual lo que resulta del contenido del registro inmobiliario, vale como exacto a favor del tercero adquirente, a no ser que éste conozca la inexactitud del registro,

³⁷ SALEILLES, Raymond, *La Posesión de Bienes Muebles, Estudios de Derecho Alemán y de Derecho Francés*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1927, p. 112.

³⁸ JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil, Liberalidades*, Tomo III, Vol. II, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch y Cía., 1951, p249.

³⁹ **Artículo 1321 del Code.-** Las contradecларaciones no pueden hacer efecto más que entre las partes contratantes; no tienen efectos contra los terceros.

⁴⁰ **§ 932 del BGB .-** En virtud de una enajenación de las previstas en el § 929, el adquirente se convierte en propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante, a no ser que, al tiempo en que debería adquirir al propiedad según estas disposiciones, él no era de buena fe [...].

según el párrafo 892 del *BGB*⁴¹. Por ello, se ha dicho que “el *BGB* se propone una tutela general de la buena fe fundada sobre elementos externos que la justifican”⁴². En efecto, en el caso de circulación mobiliaria el elemento externo está configurado por la entrega y en la circulación inmobiliaria por el registro, siendo coherente con su propio sistema de transmisión de la propiedad de separación del contrato.

Resulta interesante, por otro lado, analizar el párrafo 185 del *BGB*⁴³ según el cual la disposición de un no titular es eficaz si el titular da su asentimiento y la disposición del no titular sin dicho asentimiento es eficaz si el titular la ratifica. En tal sentido, para el modelo alemán el negocio jurídico de disposición⁴⁴ sobre un bien ajeno no deviene en nulo como en el modelo francés, sino sólo ineficaz si no se realiza con el asentimiento del titular previamente o al tiempo de su celebración o no viene ratificado por éste posteriormente. En efecto, “la particularidad de la disposición del no titular en virtud de autorización – asentimiento – consiste en que el no titular celebra el negocio en su propio nombre, y la disposición es eficaz por virtud de la autorización, aunque el enajenante no ostente el derecho sobre el que dispone”⁴⁵. En cambio, cuando no media asentimiento “el negocio dispositivo del no titular no incide todavía en el derecho del titular mientras no se produzca la ratificación”⁴⁶.

Por ello, siendo los negocios de disposición aptos para producir directa e inmediatamente el efecto adquisitivo, la adquisición en virtud de la buena fe “depende de que el tercero, en el momento decisivo para el negocio necesitado de asentimiento, sea de buena fe respecto del derecho del que asiente y del que derivaría, caso de existir, el poder de disposición”⁴⁷. Y “la adquisición *a non domino* de buena fe a causa de una disposición que

⁴¹ **§ 892 del BGB** .- El contenido del registro inmobiliario se considera exacto a favor de aquellos que adquieren, mediante negocio jurídico, un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, a no ser que se extienda un asiento de contradicción contra la exactitud o la inexactitud sea conocida por el adquirente [...].

⁴² SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.* p. 667.

⁴³ **§ 185 del BGB.- Disposición de un no titular**

(1) Una disposición sobre un bien llevada a cabo por un no titular es eficaz si se realiza con el asentimiento de su titular.

(2) La disposición deviene eficaz si el titular la ratifica o si el disponente adquiere el bien o lo hereda del titular [...].

⁴⁴ El concepto de negocio de disposición tiene una connotación específica en el derecho alemán, entendiéndose por tal aquel “negocio jurídico que produce inmediatamente la transmisión, la modificación o la extinción de un preexistente derecho subjetivo patrimonial” (ver: MENGONI, Luigi y REALMONTE, Francesco, voce *Atto di Disposizione*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 189).

⁴⁵ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 1043.

⁴⁶ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 1052.

⁴⁷ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 1050.

necesite ratificación, exige que el adquirente crea que aquel que ratifica o – sobre todo en la representación legal – aquel en cuyo nombre se ratifica la disposición, es el titular del derecho del que se ha dispuesto”⁴⁸.

De lo expuesto, se puede apreciar que el *BGB* ha establecido mecanismos más simples destinados a la protección de la confianza, dejando de lado el dogma voluntarista que regía del *Code* y la tutela absoluta de la propiedad, dado que este sistema ha predispuesto una serie de supuesto de adquisición a *non domino* de manera más clara y efectiva.

2.3. Código Civil italiano (*Codice*)

El Código civil italiano de 1942, a diferencia del *Code* que estableció la invalidez de la compraventa de bien ajeno y del *BGB* que no lo regula, ha diseñado el contrato típico denominado compraventa de bien ajeno, concibiéndolo fundamentalmente como un contrato obligatorio⁴⁹. Asimismo, “el legislador italiano, en su esfuerzo de proteger del modo más vasto la confianza en tema de circulación irregular, ha recurrido a la enunciación de una serie desordenada y no siempre armónica de normas”⁵⁰.

En efecto, el *Codice* ha establecido una serie de supuestos encaminadas a tutelar la confianza mediante una serie de supuestos de adquisición a *non domino*. Así, se protege al adquirente del heredero aparente a título oneroso si es de buena fe (Art. 534); la simulación es inoponible al tercero que haya adquirido de buena fe derechos del titular aparente (Art. 1415); la rescisión y la rescisión del contrato no perjudica los derechos adquiridos por los terceros (Art. 1452, 1458, párrafo 2); en caso de anulabilidad debido a error, dolo, o amenaza, quedan a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe a título oneroso; en materia mobiliaria, vale también la regla según la cual el sujeto al que le es enajenado un bien por el no propietario adquiere el derecho en virtud de la posesión con tal que sea de buena fe al momento de la entrega, y tenga un título idóneo para la transferencia (Art. 1153); en materia inmobiliaria, prevalece la regla de la transcripción acompañada del transcurso del tiempo, si el tercero lo adquiere de buena fe y cuenta con título idóneo (Art. 1159), etc.

⁴⁸ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 1053.

⁴⁹ **Artículo 1478 del Codice.**- Si al momento del contrato la cosa vendida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar la adquisición a su comprador. El comprador llega a ser propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad de su titular.

⁵⁰ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.* p. 668.

En tal sentido, se puede decir que el *Codice* italiano se ha inspirado extensamente en el principio de la confianza en sus diversas manifestaciones, dado que, aunque no lo mencionáramos directamente, cada supuesto hace referencia a particulares criterios que no se reducen a la valoración de la buena fe, sino que también tienen como punto de referencia a la apariencia y a los efectos de la publicidad registral. La protección de la confianza entonces no es sinónimo de protección de la buena fe, sino que ésta queda comprendida en aquella.

Ahora bien, no es novedad decir que el *Codice* es deudor tanto del modelo francés como del modelo alemán; sin embargo, es llamativo que el modelo italiano no recoja a nivel legislativo la figura alemana del negocio jurídico ni el modelo de la convención francesa, sino que se dirige a disciplinar el contrato. Esto es debido fundamentalmente a que “desde el punto de vista económico y social, el contrato aparece como el acto fundamental del comercio jurídico”⁵¹. Por eso, “la función verdadera y propia del derecho de los contratos es aquella de asegurar la “justicia contractual” (prescindiendo del mecanismo típicamente técnico-jurídico con el que el contrato surge)”, ya que “tal “justicia contractual” – y no más, en cambio, la “libertad contractual” – constituye hoy, en todo lugar, en sentido material, el principio funcional del derecho de los contratos”⁵².

3. La adquisición *a non domino* en el Código Civil peruano

El Código Civil peruano de 1984, prevé una serie de supuestos de *adquisición a non domino*, desde la adquisición de un bien mueble en virtud de la adquisición de la posesión de buena fe y como propietario (artículo 948 c.c.) la adquisición por actos de disposición de los bienes hereditarios realizadas por el heredero aparente (artículo 665 c.c.); la adquisición del tercero del derecho por parte del titular aparente que lo adquirió a su vez mediante un negocio simulado (artículo 194 c.c.); la usucapión abreviada que supone, entre otras cosas, un justo título (artículo 950, segundo párrafo, c.c.); y la adquisición conforme al supuesto de hecho complejo previsto en el artículo 2014 c.c. (fe pública registral).

No obstante, la doctrina no se ha preocupado de sistematizar los diversos supuestos de adquisición *a non domino* reconocidos y plasmados en nuestro Código vigente. La razón de ello obedece a la poca fortuna que ha recibido en nuestro medio el estudio de los negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno y la aplicación, consciente o inconsciente, de los intérpretes

⁵¹ ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Volume II, Traducción del alemán de Estella Cigna, Milano, Giuffrè, 1995, p. 8.

⁵² ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *Op. Cit.*, p. 8-9.

(jueces y juristas) del dogma de la voluntad. De manera que la adquisición *a non domino* es tratado generalmente como una figura de excepcional relevancia en virtud de la buena fe del adquirente.

La evolución legislativa de nuestro Código Civil, demuestra que los actos de disposición sobre bienes ajenos no eran rechazados simplemente por ser tales. En efecto, si revisamos el Código Civil de 1852, hallaremos una norma sintomática:

“Artículo 547.- En cuanto á las cosas muebles que fueron robadas, ó pérdidas, el tercer poseedor las prescribirá por seis años, si las adquirió con justo título ó mercado, ó de alguna venta pública, ó de persona que comercia con cosas, de la misma clase; y por doce años, si las hubiese adquirido también con título justo, pero en otros lugares, ó de otras personas diferentes de las indicadas.”

Asimismo, el Código Civil de 1936 también había previsto supuestos de adquisición *a non domino*, aunque estableció una excepción no muy clara en cuanto a sus alcances:

“Artículo 890.- Aquél que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aún cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo.
Se exceptúan de esta regla los muebles objeto de las ventas a plazos que autoriza la ley de la materia, y los regidos por el Código Penal y otras leyes especiales.”

Siendo así, la adquisición *a non domino* no resulta ser una figura contemporánea o de reciente data, sino que ahora existe mayor conciencia de su relevancia en términos prácticos para favorecer la libre circulación de bienes, de manera que se comprende que la propiedad no puede ser vista más como un derecho absoluto y que la voluntad del titular del derecho no podía ser la única razón que permitiera e impulsara la circulación de los bienes a través del intercambio.

En realidad, al lado de las transferencias voluntarias derivadas de la libertad y voluntad de los sujetos, existen las denominadas adquisiciones *a non domino*. Corresponde, entonces, al intérprete o al jurista describir los fenómenos cuando tienen lugar y la forma en que se realizan con el fin de descubrir la lógica interior y sus fuerzas dominantes. Esta será nuestra tarea.

4. Contrato, partes y terceros en la adquisición *a non domino*

Todos los supuestos de adquisición *a non domino* previstos en nuestro Código civil, suponen la celebración de un contrato. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una

relación jurídica patrimonial (Art. 1351 c.c.). En las adquisiciones a *non domino* de la propiedad sólo es relevante aquel tipo contractual general que la doctrina ha denominado contratos de intercambio⁵³, que comprende el contrato de prestaciones⁵⁴ correlativas para ambas partes y el contrato de prestación a cargo de una sola parte, que por regla coinciden con los contratos título oneroso y los contratos a título gratuito, respectivamente.

No obstante, siendo la mencionada distinción relevante, la fundamental característica del contrato en las adquisiciones a *non domino* es que esté destinado – aunque no lo produzca - a transmitir la propiedad del bien objeto de disposición. Así, será un contrato de prestaciones correlativas para ambas partes y a título oneroso el contrato de compraventa y será un contrato de prestación a cargo de una sola parte y a título gratuito el contrato de donación⁵⁵. Ambos contratos, compraventa y donación, son los contratos típicos *inter vivos*, aunque no los únicos⁵⁶, cuya característica común es que contienen un acto de disposición del derecho de propiedad sobre un determinado bien.

Se excluyen de las adquisiciones a *non domino*, los negocios unilaterales no recepticios *mortis causa* como el testamento que instituye herederos y legatarios. En efecto, el artículo 757 c.c. señala claramente que es inválido el legado de bien ajeno; asimismo, en cuanto al heredero, éste no puede adquirir bienes que se encuentren fuera de la cuota que le corresponde según la legítima. En efecto, sólo los herederos pueden suceder los bienes del causante que conforman la legítima, de manera que si uno de los herederos luego de la partición, por ejemplo, pierde en juicio el bien que se le adjudicó – por pertenecer a otro y no al testador – los demás herederos deben indemnizarlo a prorrata el valor que tenía al momento de la evicción (Art. 866 c.c.). Además, se debe tener en cuenta que nuestra normativa civil ha establecido expresamente que sólo los contratos pueden tener por objeto bienes ajenos, pero no se ha dispuesto una norma genérica dirigida a establecer que todos los negocios o actos jurídicos puedan tener por objeto bienes ajenos.

⁵³ MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volume XXI, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1972, p. 745 y sgtes.

⁵⁴ Se debe entender por prestación no sólo el comportamiento que una parte asuma, sino también el resultado que el contrato provoca inmediatamente sin necesidad de comportamientos posteriores (Así: CATAUDELLA, Antonio, *I Contratti, Parte Generale*, Seconda Edizione, Torino, Giappichelli, 2000, p. 158).

⁵⁵ Para una relación conceptual entre ambas categorías, ver: MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.* p. 769 y sgtes.

⁵⁶ En efecto, también se puede disponer de un derecho mediante un contrato de permuta o un contrato de transacción, por ejemplo.

Por ende, los actos de disposición realizados mediante un negocio unilateral *mortis causa*, sobre todo cuando una persona dispone sobre un patrimonio ajeno, para después de su muerte, mediante testamento, no pueden generar una adquisición a *non domino*. Además, en los actos unilaterales no recepticios como el testamento, el valor y el significado de la declaración de voluntad no puede encontrar una protección en la confianza, pues precisamente debido a su naturaleza no recepticia, no existen aquellas circunstancias aptas para generar una verdadera situación de confianza tanto en el heredero como en el legatario que reciben un determinado bien ajeno⁵⁷.

Distintos son, en cambio, los negocios unilaterales *inter vivos* como la promesa unilateral que - además de ser recepticios y por ende puede generar una situación de confianza - el legislador expresamente ha admitido - lo que no ocurre con el testamento - que puede versar sobre bienes ajenos, pues el artículo 1968 c.c. hace un especial reenvío a las normas sobre contratos, específicamente al artículo 1409 c.c. que regula el objeto del contrato.

Ahora bien, siendo el contrato un acuerdo de dos o más partes, resulta necesario determinar qué se entiende por parte. La presencia de dos o más partes no equivale a la presencia de dos o más sujetos. Con el término parte se indica un centro de intereses y no un sujeto. Por eso, dos o más sujetos, si son portadores de idénticos intereses, constituyen una sola parte, como sucede en la venta de un bien sujeto a copropiedad; mientras un solo sujeto puede ser punto de referencia de dos distintos intereses, como sucede en el contrato consigo mismo⁵⁸.

Sin embargo, de partes también se puede hablar en dos sentidos: parte en sentido sustancial y parte en sentido formal⁵⁹. En efecto, parte en sentido sustancial es el titular de la relación contractual, es decir, el sujeto que se le imputa o atribuye el conjunto de los efectos jurídicos del contrato; en cambio, parte en sentido formal es el sujeto autor del contrato, es decir, quien emite la declaración contractual. Por regla, la parte sustancial y la parte formal coinciden, pero es posible que no coincidan como en el caso de la representación.

Esta última distinción permite hacer una precisión en cuanto al *non dominus*: el *non dominus* es siempre parte en sentido sustancial del contrato,

⁵⁷ En el caso que el heredero o legatario reciban en virtud del testamento bienes ajenos, sólo podrán ser considerados poseedores ilegítimos de buena fe. Por ende, tanto en el caso del heredero como del legatario, sólo podrán adquirir el bien por prescripción larga.

⁵⁸ CATAUDELLA, Antonio, *Op. Cit.*, p. 15; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo II, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 56-57.

⁵⁹ BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, Il Contratto*, III, Milano, Giuffrè, 1987, p. 53.

pero no necesariamente tiene que ser parte en sentido formal. De manera que el autor de la declaración contractual que da lugar a la adquisición a *non domino* puede ser un representante, es decir, un sujeto que actúa en nombre del *non dominus*, siempre que exista un apoderamiento o una sucesiva ratificación por parte del representado dirigida a apropiarse de los efectos del negocio representativo⁶⁰. Por ello, en el caso de un acto de disposición mediante la representación, es el representado, y no el representante, que se califica de *non dominus*⁶¹.

Por otro lado, el artículo 1363 c.c. reconoce y recoge el principio de relatividad de los contratos al señalar que “los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos [...]”. Se ha dicho al respecto que este artículo “está implícitamente disponiendo que los contratos no producen efectos frente a terceros”⁶². Pero ¿qué se entiende por tercero? Comúnmente se señala que los terceros son aquellos que no son parte ni material ni formal en el contrato.

Sin embargo, en el caso específico de las adquisiciones a *non domino* comprende a tres sujetos (o partes, si se quiere): el propietario (titular), el *non dominus* (no titular) y el adquirente (tercero). Si el contrato se celebra entre el *non dominus* y el adquirente ¿no vendrían a ser partes?, entonces ¿por qué al adquirente se le denomina tercero? La respuesta está en que si bien el adquirente es parte contractual - junto con el *non dominus* -, es tercero respecto del propietario (titular). Es decir, se califica como tercero adquirente sólo y en la medida en que se tenga como punto de referencia al propietario (titular). En otras palabras, “el concepto de adquisición a *non domino* implica en el adquirente la cualidad de “tercero” respecto del *dominus*”⁶³. Así, entonces, se debe entender el concepto de tercero adquirente.

⁶⁰ MENGONI, Luigi, *Acquisto “a non domino”*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008, p. 158.

⁶¹ Este supuesto de adquisición a *non domino* por intermedio de representante debe distinguirse claramente de la hipótesis del falso representante que dispone de un bien ajeno, pues en el primer caso existe un efectivo apoderamiento; en cambio, el falso representante enajena bienes ajenos en nombre del propietario sin tener poder para ello (ver: MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti “a non domino”*, *Cit.*, p. 141).

⁶² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 404.

⁶³ MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 113.

5. El problema del título en las adquisiciones *a non domino*

Acertadamente se ha dicho que “elemento constante de las hipótesis normativas de adquisición *a non domino* es el título de adquisición, constituido por un acto de disposición que tiene por objeto un derecho ajeno”⁶⁴. El acto de disposición debe estar contenido en un contrato, pues, como hemos demostrado, sólo es posible la adquisición *a non domino*, en nuestra normativa civil, mediante un acuerdo destinado a transferir un determinado bien ajeno, aunque el contrato *per se* no justifique ni explique dicha adquisición.

En consecuencia, en todos los supuestos de adquisición *a non domino* es requisito *sine qua non* la existencia de un título de adquisición. Por eso, “además de la buena fe, otro elemento de hecho es constantemente requerido como condición de la tutela del tercero adquirente: es necesario, en cada caso, que subsista a su favor un título (formado por el *non dominus*) abstractamente idóneo para transferir o para constituir el derecho que se trata, esto es, un título exento de cualquier otro vicio que no sea el que derive de la falta de legitimación a disponer del autor”⁶⁵. El título entonces es un presupuesto de toda adquisición *a non domino* (como en la posesión), pues de no existir no se podría sostener acto de disposición alguno, dado que “no es lógicamente posible concebir un poseedor de buena fe que sepa que no cuenta con algún título: este no puede ser más que un ladrón o un inventor”⁶⁶.

No obstante, se debe hacer una previa aclaración: no debe confundirse el título con el documento⁶⁷. En efecto, las transferencias voluntarias de propiedad, por regla, no están sujetas a formalidad ya que son *ab probationem*, salvo la donación de inmuebles y la donación de muebles cuyo valor supere el 25% de la UIT. En efecto, en nuestro país rige el consensualismo que permite transferir bienes muebles incluso mediante acuerdo verbal de las partes (Art.1623 c.c.). Ello importa que el acto de disposición no conste en un documento, pero eso no quiere decir que no exista título de adquisición; todo lo contrario, pues sí existe y está constituido por el acuerdo verbal, aunque la transferencia sólo se produzca con la entrega.

⁶⁴ MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 183.

⁶⁵ MENGONI, Luigi, *Acquisto “a non domino”*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto, Cit.*, p. 167

⁶⁶ MENGONI, Luigi, *L'acquisto “a non domino”*, Milano, Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1949, p. 208.

⁶⁷ **Artículo 225° c.c.:** No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

Un sector de la doctrina anterior al Código vigente ha señalado, aunque refiriéndose al justo título, pero que creemos que resulta aplicable al caso, que “título justo no es el instrumento sino el negocio jurídico que sirve de causa a la transferencia del dominio. Sin embargo, como ese negocio jurídico deberá acreditarse, la prueba más sólida es la instrumental”⁶⁸. En efecto, desde el punto de vista práctico, la conveniencia de procurarse un documento (no necesariamente un contrato, puede ser un comprobante de pago, una factura, una boleta de venta, un acta de entrega u otro análogo), donde conste elementos que indiquen la disposición del bien (por ejemplo, precio), que permita de algún modo acreditar o por lo menos dar indicios del fundamento de la adquisición es, sin lugar a dudas, la mejor opción para poder evitar cualquier cuestionamiento sobre la titularidad del derecho adquirido.

En este orden de ideas, si no existe un título de adquisición no se puede adquirir la propiedad *a non domino*, pues el título es el elemento típico y constante de estas formas de adquisición. De manera que en los casos de ausencia de título, la forma de adquisición de la propiedad no sería *a non domino*, sino que se produciría a través de otra hipótesis normativa de adquisición de la propiedad, nos referimos a la prescripción adquisitiva larga: 10 años para bienes inmuebles (Art. 950, segundo párrafo, c.c.) y 4 años para bienes muebles (Art. 951 c.c.). Pero este supuesto no concierne ya a las adquisiciones *a non domino*, pues es una forma originaria de adquisición de la propiedad independiente de una *iusta causa* (título).

En el caso de existir título de adquisición, pero que no se puede acreditar con medios probatorios instrumentales, nos encontraremos en el clásico problema de la prueba de los hechos constitutivos⁶⁹. Una autorizada doctrina ha señalado que esta cuestión probatoria se le puede denominar el problema de la prueba de las declaraciones negociales documentadas y no documentadas⁷⁰. Si no se puede probar documentariamente el título porque

⁶⁸ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales*, Tomo I, Lima, Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., 1973, p. 365.

⁶⁹ En efecto, “la prueba, de acuerdo con el interés de los particulares, tiende a demostrar la existencia, la modalidad o la inexistencia de una determinada relación jurídica, pero la demostración de la existencia, de la modalidad o de la inexistencia de la relación sólo puede darse a través de la prueba del hecho constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo de la relación” (ver: SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Traducción del italiano de Agustín Luna Serrano, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 365).

⁷⁰ Nos referimos a Francesco Carnelutti, quien refiriéndose al tema del documento y negocio jurídico distingue entre declaración documentada y declaración no documentada, señalando que “[...] la declaración documentada prevalece sobre la otra por la facilidad de su prueba. Para probar aquella, en efecto, no es necesario nada más que el documento; para probar ésta, por el contrario, puesto que el documento no existe, sirven únicamente las llamadas pruebas orales y las presunciones” (ver: CARNELUTTI,

el acto de disposición se realizó mediante simple acuerdo verbal, o porque el documento se deterioró, perdió o extravió es, entonces, necesario acudir a otros medios probatorios como los testigos y la declaración de parte, además de las presunciones como aquella donde se presume la propiedad si se tiene la posesión. Corresponde pues a una valoración conjunta de los medios probatorios que deberá realizar el Juez.

Visto así las cosas, se comprueba un vez más que las adquisiciones *a non domino* tienen como elemento común y típico un acto de disposición de la titularidad del derecho propiedad por parte de un *non dominus*, que se concreta o materializa en un contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad. Sin embargo, el tratamiento normativo que se ha dado a los diversos supuestos de adquisición *a non domino* en nuestro Código Civil no son uniformes, y tampoco podrían serlo, debido a la peculiaridad de cada situación prevista en cada caso concreto⁷¹. Cada supuesto de adquisición *a non domino* tiene, por ende, sus propias características, algunas comunes, otras distintas, pero siempre encaminadas al mismo fin: tutelar la confianza.

5.1. Título de adquisición y la posesión

En algunas hipótesis de adquisición *a non domino*, la posesión juega un papel preponderante a efectos de la tutela del tercero adquirente. El título de adquisición en estos casos no es suficiente, sino que requiere que el adquirente - además de la buena fe - tenga una relación material directa e inmediata con el bien objeto de disposición, un poder de hecho, que le permita ejercer de facto los poderes inherentes a la propiedad (Art. 896 c.c.).

La posesión, entonces, se configura como elemento central de la hipótesis normativa, a tal punto de que si sólo existiese título y buena fe, pero no posesión, la tutela del tercero adquirente vendría a menos. Esto no se debe a que, por ejemplo, la entrega o tradición del bien determine la adquisición de la propiedad (Art. 947 c.c.), ya que esto sólo se aplica a las transferencias voluntarias, pero no a las adquisiciones *a non domino*.

En consecuencia, la justificación o fundamento de la protección de la confianza no descansa únicamente en el título o en la buena fe del

Francesco, *Documento y Negocio Jurídico*, en *JUS Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo XIII, Numero 76, México, 1944, p. 478).

⁷¹ Así: MENGONI, Luigi, *Profili dogmatici dell' acquisto "a non domino"*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Prima parte, 1949, p. 479, quien afirma que "el principio político de la tutela de la confianza en la circulación de los bienes es actuado por la ley, de cuando en cuando, con medios técnicos diversos: a la valoración teleológica de las diversas hipótesis, en vista de un mismo interés (seguridad del tráfico), no corresponde, para cada una, una idéntica valoración formal" (*Cit.*).

adquirente, es necesario que se presenten otros elementos no menos importantes predispuestos por la norma. Al cumplir un rol relevante la posesión en estas situaciones, debemos partir del distinto tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la posesión cuando se trata de bienes muebles o inmuebles a efectos de tutelar la circulación jurídica de los bienes.

5.1.1. La regla “posesión equivale a título”

La regla posesión equivale a título ha tenido un origen y un desarrollo histórico en los países de *civil law* a partir de bases históricas distintas, que posteriormente fue recogida en los diversos códigos modernos como un modo de adquisición de la propiedad a título originario de bienes muebles. Siendo así, debemos partir desde una perspectiva histórico-comparativa que nos permita conocer los diversos modelos jurídicos en su devenir histórico, en sus conexiones, en sus diversificaciones y su posterior circulación. Por tanto, esta regla ha tenido una evolución histórica⁷² que merece ser destacada sintéticamente para darnos cuenta de su desarrollo y de su valor actual.

En el derecho romano, nunca se conoció la regla “posesión equivale a título”. Sin embargo, en el derecho de las XII Tabas era conocida la regla del *usus-auctoritas* que tenía la función de limitar (en juicio) la acción de reivindicación y consistía en que una vez demostrado por el poseedor demandado que poseía la cosa por un año (muebles) o por dos (inmuebles), no estaba obligado a indicar la causa y el autor de su adquisición, salvo que el accionante demostrase que el demandado poseía la cosa en calidad de ladrón⁷³.

Cuando la propiedad se separó de la posesión, la regla *usus-auctoritas* se transformó en una regla de derecho material de adquisición de la propiedad mediante la posesión calificada por el transcurso del tiempo (*usucapio*), constituyéndose en un modo autónomo y originario de adquisición. Sin embargo, a raíz de esta transformación de la naturaleza de la regla, empezó un proceso progresivo de restricción de su alcance. En efecto, la *lex Atinia* (S. II a.c.) dispuso que, no sólo el ladrón, sino también cualquier persona, no pudieran usucapir una cosa robada o hurtada. La

⁷² Para una magistral reconstrucción histórica de la regla “en materia de muebles, posesión equivale a título”, nos remitiremos fundamentalmente al estudio realizado por: MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti “a non domino”*, *Cit.*, p. 34 y sgtes.

⁷³ “El *usus* no es la posesión comenzada de cualquier modo, sino la *iusta possessio*, la posesión que, en cuanto adquirido *sine vitio*, ha tenido un *iustum initium*. Viciosa en este sentido es la posesión del ladrón (...), pero no la posesión del tercero que adquiere públicamente la cosa despojada” (ver: MENGONI, Luigi. *Op. Cit.* p. 36). El tercero adquirente no se veía entonces perjudicado por el origen delictuoso de la cosa.

restricción de la adquisición se extendió también para las cosas apropiadas indebidamente, vale decir, cuando eran enajenadas cosas por aquel a quien se le había confiado (depositario, mandatario, comodatario, etc.). Se iba reforzando, pues, cada vez más, enérgicamente la protección del propietario.

En el orden definitivo del instituto, quedó como presupuesto de la adquisición que la posesión que haya comenzado sin lesión del derecho ajeno (*iusta possessio*), subordinando la usucapión a la existencia de la regularidad del propio título de adquisición (*iusta causa*), el requisito de la buena fe (*bona fides*) y el transcurso de cierto tiempo.

En el derecho germánico antiguo, no se logró concebir la propiedad mobiliaria separada de la posesión, y sólo tenía acciones de defensa de la *Gewere*⁷⁴ entendida como la forma exterior e indiferenciada del derecho sobre la cosa, materializada en la disponibilidad física. La no separación de la propiedad de la posesión comportó que ante el despojo en el actor no se reconociera la violación del derecho de propiedad, sino sólo la intromisión en la relación material de la cosa contra su propia voluntad, es decir, en la violación de la *Gewere*. Así, el robo o el hurto se equiparó a la apropiación de cosa perdida toda vez que implicaban una pérdida involuntaria.

Sin embargo, por la naturaleza misma de la *Gewere* ligada a la disponibilidad física de la cosa, si el propietario entrega a otro la cosa bajo cualquier título, él se despoja de la investidura formal del derecho y, con ella, de la tutela contra los terceros. De manera que si aquel a quien se le confió la cosa abusa de la confianza y enajena la cosa a un tercero, la posesión del tercero se hace inatacable independientemente de su buena fe, toda vez que se trata de un sujeto formalmente investido del derecho por voluntad propia del propietario⁷⁵.

Con el renacimiento del derecho romano y su recepción en los países germanos, se distinguió la propiedad de la posesión, y los principios fueron reelaborados sobre el terreno del derecho sustancial para la protección de la seguridad del tráfico mobiliario. Así, se estableció las

⁷⁴ “*Gewere* significa pues “vestidura” o “investidura”, expresa una valoración de la señoría material sobre la cosa como estado de investidura formal del derecho (*in vestitura esse*). Correspondientemente a la entrega (*traditio* de los romanos) era el acto de investidura” (MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 43)

⁷⁵ En este mismo sentido, se ha dicho que en el derecho germánico “está implícita la idea de que, en materia de muebles, la legitimación posesoria o *gewere* está unida al hecho de la detentación. Al mismo tiempo, el que confía voluntariamente el bien mueble a otro, al mismo tiempo que hace posible el poder dispositivo de éste, permite que se cree en los terceros la apariencia de tal poder y la confianza en dicha apariencia, que merece una evidente protección” (ver: DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero, Cuarta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 665).

condiciones para la tutela del tercero poseedor subordinándola a los requisitos de la *usucapio classica* (justa causa y buena fe), pero quedo íntegra la inmediatez de la tutela, vale decir, independientemente del transcurso de cierto tiempo (usucapión instantánea).

En el derecho francés, aunque con bases distintas y antes de la promulgación del *Code*, se conservó la estructura procesal de la reivindicación mobiliaria, que era regulado bajo el perfil de la carga de la prueba por una presunción de propiedad a favor del poseedor demandado y un agravamiento de la carga probatoria del reivindicante, esto es, este debía no sólo probar haber adquirido la propiedad en un cierto momento del pasado, sino también de no haber enajenado la cosa. Ello equivalía a demostrar que la cosa le había sido robada o perdida, pero no se extendió como en el derecho romano a las apropiaciones indebidas (abuso de confianza), pues se consideró incompatible con la seguridad del comercio⁷⁶.

En tal sentido, si el reivindicante no probaba que la cosa era robada o perdida, la presunción a favor del poseedor resultaba inatacable, es decir, no era más una verdadera presunción, sino un efecto sustancial de la posesión. La posesión de buena fe de cosas muebles no simplemente hace presumir la existencia de un título de adquisición derivado, sino es ella misma título originario de adquisición prescindiendo totalmente del requisito del justo título. Es en este sentido que la posesión “equivale a título”⁷⁷, cuya regla fue formulada por el célebre jurista francés del siglo XVIII François Bourjon y fue reconocida finalmente en el Código Civil de 1804⁷⁸.

En el derecho italiano, la regla según la cual posesión equivale a título fue reproducida en el Código Civil de 1865, pero no fue interpretada sólo como variante literal del artículo 2279 del *Code*, sino como norma que no se fundada sobre una presunción de propiedad, y en consecuencia fue subordinada a la demostración por parte del poseedor de un título de adquisición, apto para transferir la propiedad: justo título.

⁷⁶ “La presunción de titularidad, que asiste al poseedor, no puede ser vencida por el reivindicante si no con la prueba de la pérdida involuntaria de la posesión por robo en sentido propio o pérdida” (ver: MENGONI, Luigi. *Op. Cit.*, p. 64).

⁷⁷ No obstante, un autorizado jurista francés ha señalado claramente que las interpretaciones de la regla “posesión equivale a título” eran dadas de manera distinta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dado que la doctrina no veía nada más en ella más que un principio sustantivo de un modo de adquisición de la propiedad y, en cambio, la jurisprudencia veía sólo una presunción de título favorable al poseedor actual (ver: SALEILLES, Raymond, *Op. Cit.*, p. 124 y sgtes.).

⁷⁸ **Artículo 2279 del Código Civil francés.-** Tratándose de muebles, la posesión equivale a título; sin embargo, el que haya perdido o le haya sido robada una cosa, puede reivindicarla durante tres años contados desde el día de la pérdida o robo de aquel en cuyo poder la encuentre, salvo el recurso que éste tiene contra aquel de quien la recibió.

Esta interpretación fue fijada definitivamente por el artículo 1153 del Código Civil italiano de 1942: “A aquel que le son enajenados bienes muebles por parte de quien no es su propietario, adquiere la propiedad mediante la posesión, con tal que sea de buena fe al momento de la entrega y subsista un título idóneo para la transferencia de propiedad”. Asimismo, el legislador italiano suprimió en vía general la excepción relativa a las cosas perdidas o robadas, de manera que la aplicabilidad de la regla “posesión equivale a título” no está más condicionada al modo con el que el propietario ha dejado de ser poseedor.

En este orden de ideas, y luego de haber visto someramente la evolución histórica de la regla posesión equivale a título, se puede concluir que “en las codificaciones modernas, la misma regla se reformula como regla de derecho sustancial, referida a un modo de adquisición originario: tanto en el art. 2279 del **code Napoléon** o en el § 932 **BGB**, como en otras codificaciones de **civil law**. La posesión de buena fe de las cosas muebles, amparada por un título idóneo para la adquisición de la propiedad, se convierte en modo de adquisición del derecho, susceptible de operar en todos los casos en los que, al no ser el enajenante propietario de la cosa que ha enajenado, hay un impedimento para la adquisición a título derivativo”⁷⁹.

Ahora bien, en nuestro país, el Código Civil peruano no fue ajeno a la regla francesa y fue recogida en el artículo 948 c.c. como norma de derecho sustancial relativo a un modo de adquisición originaria del derecho de propiedad, separándola y distinguiéndola de la presunción de propiedad como norma de derecho procesal relativa a la carga de la prueba, prevista en el artículo 912 c.c. Asimismo, se revaloró el papel del título de adquisición vinculándolo estrechamente con la buena fe, toda vez que ahora la buena fe presupone siempre un título que justifique la posesión.

Por ello, bajo el aspecto sustancial, la posesión no equivale a propiedad si es que no viene acompañada de un título de adquisición y la buena fe del poseedor que permita la aplicación del artículo 948 c.c. Ello evidencia una evolución de la regla dado que la posesión no viene más a cumplir aquel papel de considerar propietario a aquella persona que sólo ostentaba la posesión recibida de buena fe, sino que ahora es requisito indispensable el título que justifique la posesión.

Por lo tanto, en el Código Civil peruano la adquisición *a non domino* de bienes muebles no registrados exige como elemento constitutivo el título o justo título - aunque expresamente no sea requerido por el artículo 948 c.c. –

⁷⁹ GALGANO, Francesco, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Traducción de Juan Antonio Fernández campos y Rafael Verdura Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 102.

por una sencilla razón: nuestra normativa sólo reconoce la buena fe posesoria cuando se fundamente en un título, de manera que si faltase no sería posible considerar la posesión de buena fe y la tutela del tercero vendría a menos. Ahora bien, no se debe tratar de cualquier título, sino sólo de aquel que transfiere la propiedad.

5.1.2. El justo título y la posesión cualificada

Como hemos visto, la regla posesión equivale a título favorece exclusivamente la circulación jurídica de bienes muebles de manera inmediata (sin intervalo de tiempo). Ahora, de lo que se trata es de indagar de qué forma la posesión favorece la circulación de manera mediata (con intervalo de tiempo). En efecto, las adquisiciones *a non domino* mobiliarias, como pudiera parecer, no son las únicas posibles en el derecho, dado que existen supuestos en los cuales se tutela también al tercero de buena fe que adquiere un bien inmueble y entra en posesión del bien.

El supuesto típico de adquisición *a non domino* de inmuebles no registrados⁸⁰ está constituido por la usucapión abreviada o prescripción adquisitiva corta, cuya característica fundamental - que lo distingue de la usucapión decenal o prescripción adquisitiva larga - es la coexistencia de justo título y buena fe (Art. 950, segundo párrafo, c.c.). Sólo la usucapión inmobiliaria queda reducida a cinco años, en el caso que el inmueble objeto de usucapión haya llegado al usucapiente por transferencia de quien no era propietario (*non dominus*), siempre que la posesión haya ido de buena fe; y se justifique en un título (la *iusta causa usucapionis*) que, aunque proveniente del no propietario, sea idóneo para transferir la propiedad, por ser válido en cualquier otro respecto⁸¹.

Ahora bien, de la descripción realizada se desprenden diversos elementos que componen la hipótesis normativa de la usucapión abreviada como el justo título, la buena fe y la posesión. Centrémonos en el primero. En principio, el justo título “es el que reúne todos los requisitos necesarios para transferir el dominio, menos uno. El requisito que falta es que aquel que aparece otorgándolo no es el propietario de la cosa”⁸². De ahí que “no basta

⁸⁰ Si el inmueble estuviere registrado se regiría, en principio, bajo los principios de la publicidad registral.

⁸¹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, Tomo III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 320.

⁸² CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Op. Cit.*, p. 366.

un título que justifique la posesión, se precisa un título que, si proviniese del propietario, transferiría la propiedad”⁸³.

El título para que se califique de justo no debe incurrir en alguna causal de nulidad, de lo contrario estaríamos ante un título nulo de pleno derecho, *ipso iure*. En cambio, es distinto cuando el título incurre en alguna causal de anulabilidad, puesto que si bien es un título inválido produce efectos jurídicos - aunque precarios -, hasta que se declare judicialmente la anulabilidad. En realidad, no tiene importancia la eventual causa de anulabilidad, si no interviene un pronunciamiento judicial de anulación. De producirse la declaración judicial de anulabilidad, eliminará la eficacia del negocio y volverá al tercero adquirente simplemente poseedor ilegítimo. Si es de buena fe, sólo obtendrá una tutela posesoria haciendo suyo los frutos (Art. 908 c.c.), pero no contará con justo título a efectos de la usucapión abreviada.

En este orden de ideas, es falso sostener que justo título es únicamente el título válido⁸⁴, pues el título anulable, siendo inválido, tiene la virtualidad de constituir un justo título, siempre y cuando no exista una sentencia judicial que declare su anulabilidad. Por ello, podemos decir que justo título es el contrato mediante el cual el *non dominus* declara transferir (o declara obligarse a transferir) un bien, esto es, un negocio jurídico *inter vivos* que contenga un acto de disposición de un determinado bien ajeno, cuyo requisito indispensable es que no esté incurrido en alguna causal de nulidad.

No puede configurarse como justo título el título putativo, es decir, un título inexistente o falso que sólo se encuentre en la cabeza del poseedor, o cualquier otro título que no importen transferencia de la propiedad⁸⁵. Así, se afirma que “con la necesidad de la existencia del título se viene a excluir la posibilidad de títulos imaginarios o putativos”⁸⁶.

En consecuencia, si justo título es un título considerado en sí, es decir, con abstracción de si emana del verdadero propietario, pero que sea

⁸³ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele, *Il Possesso*, Seconda edizione, Milano, Giuffrè, 2000, p. 502.

⁸⁴ Así: GONZALES BARRON, Gunther, *Derechos Reales*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 683, quien sostiene que “el “justo título” será aquel que estructuralmente, corresponda a un acto jurídico válido con finalidad transmisiva” (*Cit.*). No obstante, el autor reconoce que justo título puede ser un acto anulable, pero lo hace con la particular – y cuestionable – concepción del acto anulable como acto provisoriamente válido.

⁸⁵ Por ello, se ha dicho que “debemos excluir entonces todos aquellos que se limitan a “declarar” derechos y que no los transfiere” (Así: LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, Tomo III, *Tratado de los Derechos Reales*, Vol. I, Buenos Aires, Compañía Argentina Editores S.R.L., 1943, p. 596), por lo que deben excluirse las transacciones y el título *pro herede*.

⁸⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La Usucapión*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004, p. 99.

apto para conferir un derecho de dominio, resulta indiferente que sea a oneroso o gratuito. Por ello, justo título puede ser una donación o un legado.

En cuanto a la posesión, debemos decir que - a diferencia de la regla posesión equivale a título - para que se produzca una adquisición a *non domino* mediante la usucapión abreviada, no basta con que la posesión se constituya en el momento inicial, es decir, al momento de entrar en posesión del bien, sino que es necesario que se conserve dicha posesión por un tiempo prolongado. Además de ello, la posesión debe ser cualificada pues no es cualquier posesión, sino sólo aquella que sea continua, pacífica y pública.

5.2. Título de adquisición y la apariencia

Sobre el estudio de la apariencia jurídica se ha escrito muy poco en nuestro medio, y se ha enfocado sobre todo en el acto generador de apariencia que genera un deber de coherencia, conocido por los tratadistas como la doctrina de los actos propios⁸⁷. No obstante, la apariencia jurídica propiamente dicho ha adquirido una connotación relevante en los estudios del derecho civil debido fundamentalmente al análisis de diversos fenómenos como el acreedor aparente, el heredero aparente y el simulado adquirente.

Los tres supuestos mencionados tienen en común la tutela de la confianza que los terceros depositan en una situación jurídica aparente - normalmente de un derecho subjetivo - producto de manifestaciones exteriores que hacen que aquéllos piensen que corresponda a una situación legítima. Por eso, en estos casos, “la confianza consiste en la convicción de que *aquello que se manifiesta* corresponda a *aquello que es*, que la apariencia corresponda a la legítima situación jurídica”⁸⁸. Así, “lo que caracteriza la peculiar realidad llamada “apariencia” es esto: ella es abstractamente apta para hacer inferir la existencia de una realidad ulterior”⁸⁹.

⁸⁷ Ver: ESPINOZA ESPINOZA, *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, Análisis Doctrinario, Legislativo y Jurisprudencial*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 472-473; MORALES HERVIAS, *La Doctrina de los Actos Propios entre el Negocio Jurídico y el Contrato, Historia de una Comparación Impracticable e Injusta*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p. 111 y sgtes.

⁸⁸ BOLAFFI, Renzo, *Le Teorie sull'apparenza Giuridica*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte prima, Volume XXXII, Milano, Cedam, 1934, p. 132.

⁸⁹ SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Il Fatto, L'atto, Il Negozio, La Parte Generale del Diritto Civile*, 1, Torino, UTET, 2005, p. 64.

La apariencia puede ser definida como situación de hecho, apreciable objetivamente mediante signos o relaciones de significación social, que manifiesta o induce a considerar como real una situación jurídica no real, en cuanto efectivamente no existe, o existe pero con modalidades diversas. De manera que en la situación jurídica aparente⁹⁰ se presentan dos situaciones: una situación manifestante que puede ser constituida por cualquier hecho y una situación manifestada que está constituida necesariamente por una situación jurídica (normalmente por la titularidad del derecho subjetivo).

En este orden de ideas, “la figura de la apariencia es reconducida a un esquema general de relación: relación por el que un fenómeno materialmente presente e inmediatamente real hace aparecer o manifiesta otro fenómeno no materialmente presente y no inmediatamente real”, esta relación tiene sus bases en “conexiones empíricas entre los dos fenómenos, que abstractamente son verificables en la normalidad de los casos, viene a faltar en el caso concreto”⁹¹.

Ahora bien, la relevancia de la apariencia jurídica se presenta en el momento de la formación del título, es decir, debe darse en un contexto en el que el adquirente no sólo crea subjetiva e individualmente en la titularidad del transferente (buena fe), sino que requiere que exista objetiva y socialmente una circunstancia o una situación de hecho que manifieste como real una situación jurídica no real (apariencia). En los casos en que la ley hace referencia a la apariencia no sólo apunta a verificar la buena fe en sentido subjetivo, sino que tiende a tutelar la confianza sólo y en la medida que venga fundada en el fenómeno de la apariencia.

No obstante, existen dos modalidades de apariencia que nos interesa: “la apariencia puramente objetiva (un ejemplo doméstico es el ofrecido por la figura del heredero aparente)” y “la apariencia creada culposamente, la apariencia creada intencionalmente (en primer lugar, tiene este carácter la apariencia que nace de la simulación del contrato)”⁹². Analicemos pues estas dos formas de apariencia.

⁹⁰ FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto, Apparenza*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 115.

⁹¹ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 103, quien señala que “acreedor aparente, por ejemplo, no es simplemente cualquier sujeto al cual el tercero erróneamente le atribuye la cualidad de acreedor, sino es solo aquel sujeto que situaciones objetivas, socialmente apreciables, inducen a considerarlo efectivo titular del crédito”.

⁹² SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Op. Cit.* p. 62.

5.2.1. El heredero aparente (la apariencia hereditaria)

La doctrina nacional ha intentado dar una noción de heredero aparente. Así, para Rómulo E. Lanatta heredero aparente es “la persona que se encuentra en posesión de la herencia, considerándose como verdadero propietario y sucesor sin serlo realmente, pues basa su derecho en un título que luego queda destruido”⁹³. Por su parte, Jorge Eugenio Castañeda enseña que a veces ocurre que “el auténtico heredero está ausente, o, ignoró la apertura de la sucesión. El patrimonio fincado al fallecimiento del heredado fue adido por quienes sólo podían heredar faltando el *verus* heredero”⁹⁴, y “si los herederos que entraron en posesión de la herencia enajenaron los bienes que recibieron y esa enajenación fue a título oneroso, la reivindicatoria de herencia no habrá de prosperar contra los terceros adquirentes”⁹⁵.

Bajo la vigencia del actual Código, en cambio, Guillermo Lohmann Luca de Tena se limita a señalar que “a diferencia de la acción petitoria [...], la reivindicatoria se dirige contra quien tiene los bienes concretos que fueron del causante sin haberlos adquirido de éste o de algún legítimo sucesor”⁹⁶. Asimismo, Augusto Ferrero sólo refiere que “la acción reivindicatoria, legislada en el artículo 665, se refiere a los terceros adquirentes del sucesor aparente, aunque también se aplica al tercero que adquirió de un coheredero o de un tercero”⁹⁷. Ambos autores no brindan alguna noción de heredero aparente.

Por su parte, y con un criterio más preciso, Juan Zárate del Pino nos dice que “la denominación de heredero aparente se da a quien se encuentra en posesión de los bienes de la herencia y cuenta además con título sucesorio a su favor, que proviene de una designación hecha por testamento o de una resolución judicial de declaratoria de herederos, que resulta desvirtuada por la aparición posterior de otro con mejor título, demostrando que el primero no tenía derecho a suceder al causante, desvaneciendo esa apariencia que lo respaldaba”⁹⁸.

⁹³ LANATTA, Rómulo, *Curso de Derechos de Sucesiones*, Primera Parte, Lima, (s.e.), 1964, p. 131

⁹⁴ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Derecho de las Sucesiones, Lecciones dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gonzaga de Ica*, Lima, (s.e.), 1996, p. 26.

⁹⁵ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Op. Cit.*, p. 28.

⁹⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Derecho de Sucesiones, Sucesión en General*, Tomo I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 151.

⁹⁷ FERRERO COSTA, Augusto, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Sexta edición, Lima, Grijley, 2002, p. 190

⁹⁸ ZARATE DEL PINO, Juan, *Curso de Derecho de Sucesiones*, Lima, Palestra Editores, 1998, p. 67.

Según las nociones referidas, heredero aparente es aquel que entra en posesión de los bienes hereditarios y cuenta con un título *pro herede*, un testamento, a su favor que resulta nulo o viene declarado anulable o que ha sido revocado posteriormente excluyéndolo como heredero (por indigno, por ejemplo), o una sucesión intestada a su favor que resulta desvirtuada por la existencia de un heredero que lo excluye por razón de orden sucesorio (Art. 816 c.c.) y/o por mayor proximidad en el grado de parentesco con el causante (Art. 817 c.c.).

La justificación de la tutela de los terceros que adquieren bienes del heredero aparente, radica en que “la certeza de la cualidad de heredero en un sujeto, presenta, en cada caso, algunas particulares dificultades, debidas principalmente al hecho que la verificación de la subsistencia de un título válido *mortis causa* es ciertamente mucho menos fácil que la verificación de la validez de un título *inter vivos*: piénsese, por ejemplo, en la dificultad para los terceros de constatar si un testamento haya sido o no revocado por un testamento sucesivo, o si él es válido o no; o, en caso de sucesión intestada, en la dificultad de conocer la eventual existencia de parientes más cercanos (del difunto)”⁹⁹.

No obstante, no basta que el heredero cuente con título sucesorio a su favor para que estemos ante una situación aparente, es necesario que se presente un conjunto de circunstancias verdaderas y reales, abstractamente idóneas, para hacer inferir que él es heredero. Es decir, es necesario un comportamiento de aquel que actúa como heredero sin serlo que corresponda al contenido de la situación jurídica: cualidad de heredero. La posesión resulta ser uno de los indicadores del comportamiento del heredero aparente que corresponde al contenido del ejercicio de los poderes que le corresponde, pero la posesión por sí misma no exterioriza una situación aparente.

En consecuencia, el heredero aparente será aquel que no sólo cuente con un título y posea el bien hereditario objeto de disposición, sino que también se comporte como heredero gestionando o administrando los bienes o pagando deudas o cargas hereditarias¹⁰⁰. Esto es así porque la apariencia se fundamenta en circunstancias observables objetivamente en un determinado ambiente social, y no sólo en un título o en la mera posesión de bienes.

⁹⁹ BUSNELLI, Francesco Donato, voce *Erede Apparente*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 200.

¹⁰⁰ CICU, Antonio, *Successioni per Causa di Morte, Parte Generale*, Volumen XLII, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 242.

En la apariencia hereditaria, el fenómeno real generador de apariencia está constituido por una situación de hecho, o sea, por el comportamiento (de aquel que actúa como heredero sin serlo), y el fenómeno no real que viene hecho aparecer está dado por una situación jurídica, la que en nuestro caso, consiste precisamente en la cualidad de heredero¹⁰¹. De manera que la apariencia debe preexistir lógicamente y temporalmente al acto o negocio, donde estos titulares aparentes (heredero aparente) de derechos subjetivos acuerdan con los terceros¹⁰² un acto de disposición. Vale decir, la apariencia es un elemento que se debe verificar al momento de la formación del título entre el heredero aparente y el tercero adquirente.

5.2.2. El simulado adquirente (la titularidad aparente)

Nuestro ordenamiento jurídico ha disciplinado la simulación claramente en términos de invalidez, pues un negocio o contrato será nulo o anulable si hubo simulación absoluta (no esconde nada) o simulación relativa (esconde un contrato real), respectivamente¹⁰³.

Se entiende por simulación el contrato en virtud del cual “dos sujetos acuerdan emitir declaraciones patentes y ostensibles para los terceros, pero ficticias, de manera que ellas están destinadas a no producir ningún efecto sustancial, o a producir un efecto diverso de aquel que el tenor de la declaración expresa”¹⁰⁴. El elemento esencial que origina entonces el contrato simulado es el acuerdo simulatorio entendido como “el recíproco consenso de las partes sobre la divergencia entre el contrato estipulado y su efectiva relación”¹⁰⁵.

¹⁰¹ BUSNELLI, Francesco Donato, *Op. Cit.*, p. 199.

¹⁰² FALZEA, *Op. Cit.*, p. 119

¹⁰³ Existe aún hoy en día una polémica acerca de la concepción del negocio simulado como negocio nulo o ineficaz (en sentido estricto), ver al respecto: MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volume XXI, Tomo II, Milano, Giuffré, 1972, p. 487 y sgtes, quien se muestra a favor de la tesis de ineficacia; SACCO, Rodolfo y De Nova, Giorgio, *Il Contratto, Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco*, Tomo primo, Torino, UTET, 1993, p. 534 y sgtes, quien se muestra favorable de la tesis de la nulidad.

¹⁰⁴ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 442.

¹⁰⁵ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 659, quien aclara que “el acuerdo simulatorio se limitaría a expresar esta conciencia no estando dirigido – como los acuerdos negociales – a crear, modificar o extinguir efectos jurídicos” (cit. P. 660). Asimismo, hay quien afirma que “el negocio simulado presupone el acuerdo de la otra parte acerca de la naturaleza simulada. Un contrato sólo es imaginable como negocio simulado cuando ambas declaraciones se hacen fingidamente de mutuo acuerdo”. (ver: FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*, Traducción del alemán de José María Miquel y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 483).

En este orden de ideas, en doctrina se distingue la simulación en absoluta y relativa. La simulación absoluta es aquella en que las partes crean sólo la apariencia de un contrato efectivo “mientras en realidad no entienden constituir alguna relación contractual”. En la simulación relativa, en cambio, “las partes hacen aparecer un contrato que es diverso de aquel concluido. La simulación relativa puede recaer sobre el contenido del contrato o sobre los sujetos (interposición ficticia)”¹⁰⁶.

De ello se deduce que estructuralmente la simulación absoluta tiene como elementos esenciales el acuerdo simulatorio y el contrato simulado o aparente¹⁰⁷; y la simulación relativa se distingue por tener, además de los elementos señalados, un contrato disimulado u oculto, vale decir, el contrato que tiene efecto entre las partes siempre que cumplan con los requisitos de forma y de sustancia, y no perjudique derechos de terceros. En ambos casos, el contrato simulado o aparente (artículo 193 C.C.) es nulo¹⁰⁸ y por ende se encuentra en una situación de ineficacia total y definitiva. El caso del contrato disimulado u oculto es distinto (el Código lo llama contrato o acto real) ya que sólo será anulable si perjudica en forma potencial o efectiva los derechos de terceros (artículo 221, inc. 3 C.C.), en caso contrario, será plenamente válido y eficaz (salvo la presencia de otras causales de invalidez como aquella de fin ilícito).

La simulación del contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad ha sido estudiada principalmente por la doctrina bajo dos aspectos: las relaciones internas (entre las partes contratantes) y las relaciones externas (entre las partes y los terceros)¹⁰⁹. Aquí interesa tocar esencialmente el tema de las relaciones externas dado el enfoque de nuestro trabajo, sin descuidar o tener en cuenta las relaciones internas a efectos de arribar a una solución coherente con nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Civil ha regulado el tema de la simulación en términos de invalidez (nulidad del contrato simulado y eventual anulabilidad del contrato disimulado), lo que resulta una postura doctrinaria adoptada por el legislador

¹⁰⁶ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 657.

¹⁰⁷ “**El contrato simulado es elemento común a la simulación absoluta y a la relativa; el contrato disimulado es exclusivo de la simulación relativa.** En la simulación relativa, el contrato simulado no es, pues, fin en sí mismo (como es, en cambio, en la simulación absoluta); es la primera de dos caras de una *fattispecie compleja*, y en la que ella ejerce una *función instrumental*; en efecto, el contrato simulado es la *pantalla* que esconde el disimulado” (la negrita es nuestra) (ver: MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 469).

¹⁰⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial, Cit.*, p. 333; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Op. Cit.*, p. 558; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Segunda edición, Lima, Grijley, 1994, p. 367.

¹⁰⁹ Así: BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano al español por A. Martín Pérez, Granada, Editorial Colmares S.L., 2000, p. 352 y sgtes.

y un dato de derecho positivo a tener en cuenta. Teniendo presente esto ¿cómo se explica que un contrato nulo pueda producir efectos jurídicos respecto de terceros que de buena fe han adquirido a título oneroso un derecho del simulado adquirente? La nulidad de un contrato es el resultado de una valoración y calificación objetiva del mismo, no se puede por ende considerar que el contrato simulado sea nulo entre las partes, pero válido frente a los terceros. No existe nulidad sólo respecto de unos y no respecto de otros.

Justamente porque el contrato simulado es nulo, es decir, no surte efectos entre las partes y menos frente a terceros es que se puede hablar de una adquisición *a non domino*. En efecto, el adquirente simulado que transfiere un bien a un tercero es un *non dominus* porque con el contrato simulado él no ha adquirido nada. El fundamento de la tutela de los terceros no consiste entonces en relativizar las consecuencias de la nulidad, sino más bien tiene un fundamento más coherente que explica adecuadamente la adquisición de los terceros subadquirentes del adquirente simulado: la apariencia de titularidad. Para ello es necesario partir de un dato de la propia norma cuando habla de “titular aparente” que hace referencia específica al “adquirente simulado”. El adquirente simulado y el enajenante simulado son las partes del contrato simulado y quienes llevan a cabo el acuerdo simulatorio consistente precisamente en simular o aparentar que se ha realizado una transferencia de titularidad.

La apariencia de titularidad adquiere entonces una particular y específica relevancia para los terceros que entran en relación con el simulado adquirente. En efecto, la función principal de la simulación – en nuestro caso - es pues crear mediante un contrato simulado la apariencia (frente a los terceros) de una relación contractual que contiene una transmisión de propiedad sobre un determinado bien mueble o inmueble. No interesa si este contrato simulado es a título oneroso o a título gratuito.

La relevancia del título de adquisición corresponde a los terceros adquirentes, quienes confiados en la apariencia de titularidad del adquirente simulado, sólo pueden ser tutelados en la medida que la adquisición sea a título oneroso (Art. 194 c.c.). El límite en las adquisiciones *a non domino* en el caso de la simulación radica entonces en la onerosidad del título y, por tanto, no se extiende la tutela a los terceros adquirentes a título gratuito.

5.3. Título de Adquisición y la publicidad de derecho¹¹⁰

El problema de la seguridad de las situaciones jurídicas preestablecidas o derechos subjetivos adquiridos (seguridad estática de los derechos) y la seguridad de la circulación jurídica de los bienes y derechos o del tráfico jurídico (seguridad dinámica de los derechos)¹¹¹, se ha tratado de resolver mediante el instituto de la publicidad de derecho (publicidad registral) que el ordenamiento jurídico recoge y regula. En efecto, se ha insistido en que la publicidad es “un conjunto de medios o sistemas que permiten conocer quiénes son los titulares y cuál es el estado jurídico de los bienes para dar seguridad y eficacia a su tráfico”¹¹². En definitiva, entonces, según esta perspectiva, la publicidad vendría a ser el instrumento de tutela del tráfico jurídico.

Sin embargo, la publicidad no cumple siempre y en todos los casos la función de tutelar el tráfico jurídico. En realidad la publicidad puede cumplir diversas funciones como la de resolver determinados conflictos de intereses que se manifiesta por ejemplo en el caso de la denominada concurrencia de acreedores de inmuebles; o aquella función constitutiva de derechos como el caso de la hipoteca. Pero de lo que se trata realmente es buscar cuál es la función típica y esencial del instituto publicitario presente en todas sus manifestaciones y verificable en todo el campo de la publicidad. La cuestión se reduce entonces a los datos normativos que nos proporciona el derecho positivo.

Un atento análisis del mecanismo publicitario nos permite observar que la publicidad es esencialmente publicidad-noticia¹¹³ (publicidad

¹¹⁰ Hablamos de publicidad de derecho para referirnos a aquella publicidad conformada por una organización estatal que comprende actividades y medios que cumplen una función específica: volver cognoscibles al público los hechos, actos o eventos jurídicamente relevantes (En tal sentido: PUGLIATTI, Salvatore, *La Trascrizione, La Pubblicità in Generale, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volumen I, Tomo I, Milano, Giuffré, 1957, p. 217-218).

¹¹¹ En esta perspectiva “se dice, con frase sintética, que la estática de los derechos subjetivos impone que ningún titular pueda ser privado de ellos sin su consentimiento y que la dinámica de esos mismos derechos impone que el adquirente de un derecho subjetivo no pueda ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo” (ver: DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero, Cuarta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 289).

¹¹² DIEZ PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 299.

¹¹³ PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 222. En el mismo sentido, se ha dicho que debe admitirse “que la única función, común a todas las normas que prescriben la publicidad, y por tanto la única función general del instituto, es el de asegurar que determinados hechos sean vueltos conocibles a cualquiera; al resultado de la cognoscibilidad viene pues vinculados, sólo a veces, efectos particulares, más o menos intensos” (ver:

declarativa) que consistiría en volver posible mediante mecanismos predispuestos por la institución publicitaria (Registros Públicos) el conocimiento de actos o acontecimientos productivos de consecuencias jurídicas a cualquiera que tenga interés. Por ello, una atenta doctrina ha afirmado que “la función normal y, por tanto, primaria de todo mecanismo de publicidad (legal o de hecho) es la de dar noticia a terceros (en sentido lato); o sea, valga repetirlo, de hacer posible a todo el que tenga interés, el conocimiento de un determinado acontecimiento (hecho, acto o negocio) y, por ello, de una modificación de la realidad jurídica (efecto), como puede ser el surgimiento, la modificación o la extinción de una situación o de una relación jurídica”¹¹⁴.

En tal sentido, la función típica, esencial y primaria de la publicidad es volver cognoscible los actos, hechos y eventos relevantes jurídicamente que forman su objeto, según el procedimiento de actuación de la publicidad. En nuestro sistema jurídico esto se encuentra recogido en los artículos I¹¹⁵ y II¹¹⁶ del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP).

No obstante, no se puede valorar el fenómeno publicitario si no se comprende bien su resultado: la cognoscibilidad legal. La cognoscibilidad legal es la posibilidad práctica e idónea de cualquier sujeto de acceder y tomar conocimiento efectivo de la realidad jurídicamente relevante mediante los mecanismos predispuestos por la institución publicitaria¹¹⁷.

GABRIELLI, Giovanni, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: Evoluzione e stato attuale del sistema*, en *Rivista di Diritto civile*, Anno XXXIV, Numero 4, Luglio-Agosto, 1988, p.425-461).

¹¹⁴ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*, Tomo I, Volumen II, Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 1128-1129; en el mismo sentido: MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 565.

¹¹⁵ **Art. I. PUBLICIDAD MATERIAL.-** El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo. (el subrayado es nuestro).

¹¹⁶ **Art. II. PUBLICIDAD FORMAL.-** El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral. (el subrayado es nuestro).

El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro. (el subrayado es nuestro)

¹¹⁷ “El singular mecanismo publicitario en función permite, sobre el presupuesto del cumplimiento del procedimiento de actuación de la publicidad, según las prescripciones

Cognoscibilidad legal y conocimiento efectivo entonces no coinciden. El primero es posibilidad de conocer; el segundo conocimiento real y verdadero. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la cognoscibilidad legal viene considerada como equivalente del conocimiento efectivo mediante un mecanismo técnico-jurídico consistente en una presunción *iuris et de iure* previsto en el artículo 2012 del C.C. (principio de publicidad)¹¹⁸.

Asimismo, el mecanismo publicitario refuerza la publicidad-noticia mediante una presunción *iuris tantum* (principio de legitimación)¹¹⁹ de la certeza de información contenida en las partidas registrales, mientras no se rectifique (por error u omisión de datos relevantes) o se declare judicialmente su invalidez (por nulidad o anulabilidad el título que le dio origen). Esto contribuye a crear prácticamente en una variedad de casos una ficción de certeza dado que no toda la información contenida en todas las partidas registrales corresponde efectivamente a la realidad.

Por ello, podemos convenir en que la publicidad no tiene la intrínseca capacidad de manifestar como existente alguna realidad jurídica y de lo que se trata entonces no es buscar la certeza con la publicidad, sino sólo remover el estado de ignorancia acerca de las situaciones jurídicas declaradas formalmente, exonerando a los sujetos la verificación de la realidad jurídica declarada¹²⁰.

La legitimación del hecho, acto o negocio declarado en virtud del cual se presume la exactitud y validez de las inscripciones, se produce a través de un procedimiento o una actividad específica predisuelta a tal fin: el procedimiento atributivo de la fe pública¹²¹.

Al respecto, se ha señalado que la atribución de la fe pública “debe ser reconducido a lo que se ha denominado administración pública del derecho privado, que se concreta en la participación del Estado en la formación y en el desarrollo de las relaciones y de las situaciones jurídicas privadas. En algunas hipótesis la injerencia de la administración concierne a la eficiencia misma de los actos, ya que el órgano público certifica que frente

de la ley, conseguir un resultado que no es el conocimiento efectivo, por parte de uno o más sujetos determinados, sino sólo la posibilidad de conocimiento, con medios legítimos, por parte de cualquier sujeto” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 229).

¹¹⁸ **Art. 2012 del Código Civil.-** Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

¹¹⁹ **Art. 2013 del Código Civil.-** El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

¹²⁰ FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto, Cit.*, p. 113.

¹²¹ Hay quien prefiere hablar de “acto administrativo de certificación” (ver: MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 609.)

a él se han cumplido las prescripciones de ley, y que ellos no chocan con prohibiciones legales: en suma, que concurren los requisitos de licitud y de legitimidad. Esta declaración de legitimidad del acto, que promana de un órgano público, provisto de particular competencia, hace surgir la fe pública en la validez, y consecuentemente en la eficacia del acto”¹²².

No obstante, a pesar del mecanismo de atribución de la fe pública, debe quedar claro que la fe pública no determina por sí misma considerada que el título de adquisición o la adquisición de algún derecho, por ejemplo, sean perfectamente efectivos y válidos conforme al derecho sustancial. En otras palabras: la fe pública no excluye que el documento que contiene el acto pueda encerrar un título inválido¹²³.

La fe pública entonces viene en consideración como actividad de control de la legalidad y de la licitud de los hechos, actos o negocios contenidos en un documento y que forman el objeto del mecanismo publicitario. El resultado del conjunto de actividades de control podemos denominarla como la fe pública registral, la cual está recogida en el artículo 2014 c.c.¹²⁴. Se comprende entonces, en el contexto descrito, que la fe pública registral determine de modo más claro y definitivo la protección de los terceros, quienes obrando en virtud de los indicadores de publicidad pueden llegar a adquirir un derecho de quien no ostentaba una titularidad efectiva o cuyo título era inválido o ineficaz; pero, sin embargo, en los registros aparecía como titular y no constaba ninguna información sobre algún cuestionamiento del título (anotación de demanda), produciéndose de esta manera una *adquisición a non domino*.

La fe pública registral entonces protege a los terceros y consiste en hacer inatacable la adquisición o, mejor dicho, el título de adquisición de estos terceros, que han celebrado un negocio jurídico a título oneroso, confiando en la información del Registro, los cuales son protegidos

¹²² PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 238-239, quien además agrega que “el acto que forma su objeto está provisto de fe pública en virtud de aquella actividad de control que precede a la inscripción, y no ya en virtud de la inscripción por sí tomada. Obviamente la actuación del registro constituye un índice de notable importancia, por el cual se puede deducir la fe pública del acto registrado porque, precisamente, normalmente presupone el ejercicio de aquel control y el cumplimiento de aquella actividad, del cual deriva como consecuencia la atribución de fe pública” (*Cit.* p. 243)

¹²³ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 572.

¹²⁴ **Art. 2014 del Código Civil.-** El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

convirtiendo sus expectativas en una situación jurídica absolutamente firme¹²⁵ e inatacable, manteniendo su adquisición una vez inscrito el derecho.

Se debe aclarar que para lograr la protección predispuesta por la fe pública registral, es requisito indispensable que el título de adquisición del tercero sea válido y eficaz. En suma: validez e inscripción del título del tercero adquirente hacen posible la tutela y adquisición del derecho de una manera definitiva, salvo la mala fe del adquirente.

6. Relevancia y eficacia de las adquisiciones *a non domino*

La relevancia de las adquisiciones *a non domino* viene dada por el hecho de que es una modalidad de adquisición de la propiedad cuya característica común y típica es el acto de transferencia de un no titular (un *non dominus*). La eficacia de estas formas de adquisición viene dada por la manera como está concebido cada supuesto de hecho previsto por la norma, de manera que sólo surtirá efectos la adquisición cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones (en sentido lato) previsto en la norma.

La adquisición de la propiedad *a non domino* no viene a ser sino una modalidad más de adquisición de bienes reconocidos por el ordenamiento jurídico que toma en cuenta diversos elementos, concomitantes o no, de una determinada hipótesis normativa (buena fe, onerosidad, apariencia, justo título, posesión etc.). La adquisición *a non domino* es una figura legal y doctrinal cuya relevancia jurídica está condicionada a la verificación de todos los elementos predispuestos por una hipótesis normativa particular que, de no concretarse por lo menos alguno de ellos, no produciría el efecto adquisitivo.

La buena fe entonces no puede configurarse como elemento central y fundamento de la adquisición, toda vez que si concurriese pero faltase otro elementos como la onerosidad o la posesión, no es pues posible la adquisición de algún derecho. Por ello, la buena fe si bien es un elemento necesario, no resulta suficiente para ser el soporte o fundamento de las adquisiciones *a non domino*.

Siendo así, debe abrirse paso a la confianza como fundamento de la adquisición *a non domino*, toda vez que ella es el resultado de la confluencia de elementos, concomitantes o no, como la buena fe, la posesión, la apariencia y la fe pública registral que permiten pues generar reales y verdaderas situaciones de confianza en los terceros respecto de la

¹²⁵ DIEZ PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 451.

regularidad del acto. La confianza pues generada por la confluencia de estos elementos hace creer en la legitimidad, validez y eficacia de la adquisición.

Por ello, se ha dicho que “con la expresión principio de la confianza se indica aquella regla, según la cual, una cierta situación de hecho o de derecho es inoperante si no es conocida a un determinado sujeto, o si es contrastada por una opuesta apariencia, o por las resultantes de los indicadores de publicidad, respectivamente; y, recíprocamente, todo procede como si la situación de hecho o de derecho fuese aquella erróneamente considerada por cierto sujeto, o aquella aparente, o aquella resultante de los indicadores de publicidad”¹²⁶.

La función de las adquisiciones *a non domino* consiste entonces en proteger y tutelar a los terceros adquirentes del *non dominus* en virtud de la confianza depositada en diversos elementos o circunstancias coetáneas a la celebración del contrato, que apuntan, a su vez, a proteger el intercambio y la circulación de bienes o derechos (seguridad dinámica de los derechos).

7. La confianza como fundamento de las adquisiciones *a non domino*

La necesidad de certeza y de seguridad jurídica en la circulación de los bienes, por un lado, y la necesidad de asegurar la conservación de las situaciones jurídicas adquiridas y preconstituidas, por otro lado, han generado a través del tiempo la constitución de medios técnicos de tutela, fórmulas legales, cada más específicos y eficaces; los cuales establecen criterios a seguir para solucionar determinados conflictos de intereses que resultan inevitables cuanto mayor es la rapidez y el crecimiento de los intercambios de bienes¹²⁷.

Al respecto, la interrogante que surge inmediatamente es ¿cómo poder otorgar certeza y seguridad a la circulación de bienes sin sacrificar *in extremis* la protección a la conservación de las situaciones jurídicas preexistentes? En este punto, se ha intentado dar una solución dirigiendo el enfoque en base al principio de la confianza. En efecto, la confianza

¹²⁶ SACCO, Rodolfo, voce “Affidamento”, *Cit.*, p. 661.

¹²⁷ Sobre los medios técnicos de tutela de la circulación de los bienes, Francesco Canelutti ha señalado con la claridad que lo caracteriza que “la circulación no es concebible sin la tutela del derecho [...]. La razón de esta necesaria intervención del derecho está en lo que naturalmente este fenómeno, en todas sus formas, determina conflictos de intereses entre las personas que constituyen los sujetos de la circulación así como entre estos y los terceros, los cuales si no fuesen previstos o regulados por el derecho, turbaría el desenvolvimiento del fenómeno e, incluso, lo volvería imposible” (ver: CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Giuridica della Circolazione*, *Cit.*, p. 10).

depositada en el intercambio sería el fundamento mismo de la tutela de la seguridad jurídica de la circulación de los bienes y, a su vez, el límite máximo de la tutela a la conservación de las situaciones jurídicas adquiridas. Así, un autorizado autor ha señalado con mucho criterio que “comúnmente se dice que el problema práctico de la confianza es el problema de la armonización de la seguridad de los derechos subjetivos adquiridos (seguridad estática de los derechos) con la seguridad del tráfico, o del obrar jurídico (seguridad dinámica de los derechos)”¹²⁸.

En realidad el interés a la seguridad estática y la seguridad dinámica de los derechos son dos intereses fundamentales de una sociedad capitalista, de una economía de mercado, toda vez que la propiedad privada no sólo es protegida en cuanto se busca mantenerla, sino también en cuanto se busca tener el libre acceso hacia ella, eliminando los obstáculos que puedan generarse y arrastrarse en la cadena de intercambio de bienes. Por consiguiente, de lo que se trata es de armonizar o equilibrar los dos sistemas de intereses en conflicto, sin privilegiar uno u otro.

En efecto, nuestra Constitución Política no sólo reconoce y garantiza el derecho de propiedad (Art. 70), sino que también declara que toda persona tiene derecho a la propiedad (Art. 2, inc. 16). El derecho de propiedad y el derecho a la propiedad, entonces, son derechos fundamentales que, en una economía social de mercado, el Estado debe proteger y tutelar. El Derecho no cumpliría plenamente su función si sólo reconociera y protegiera el derecho de propiedad, y no garantizara y tutelara del mismo modo el derecho a la propiedad. De ello se desprende que no basta garantizar el mantenimiento y la conservación del derecho de propiedad, sino que es indispensable también tutelar el derecho a la adquisición y el acceso a la propiedad.

En tal sentido, se puede apreciar que el principio de la confianza puede ser aplicable a diversos fenómenos jurídicos que justamente generan esos tipos de conflictos, tales como¹²⁹: **a)** la opinión errónea de un determinado sujeto entorno a una determinada situación de hecho o de derecho (error como fenómeno psicológico y subjetivo, que se concreta en la simple protección de la buena fe: por ejemplo, la posesión ilegítima de buena fe previsto en el artículo 906, 907 y 908 c.c.); **b)** la falsa apariencia de una

¹²⁸ SACCO, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 663. El mismo autor nos revela que la expresión “principio de la confianza” nos indica “la regla según la cual una determinada situación de hecho o de derecho es inoperante si no es conocida por un determinado sujeto, o si es contrastada por una apariencia opuesta, o por los resultados de los indicadores de publicidad, respectivamente; y, correspondientemente, todo procede como si la situación de hecho o derecho fuese aquella erróneamente considerada por un determinado sujeto, o aquella aparente, o aquella resultante del índice de publicidad” (cit.).

¹²⁹ El planteamiento es tomado de: SACCO, *Op. Cit.*, p. 661.

determinada situación de hecho o de derecho (error no en su mero estado subjetivo individual, sino en el aspecto objetivo social, que se revela mediante la tutela de la apariencia previsto en los artículos 665 y 194 del c.c.); **c)** la presencia de determinados indicadores típicos que no corresponden a la efectiva situación de hecho o de derecho (sobretudo los indicadores de publicidad o la publicidad registral, específicamente la hipótesis normativa prevista en el artículo 2014 del c.c.).

En este orden de ideas, la confianza en los contratos se eleva como razón fundamental de la tutela de la seguridad dinámica de los derechos. Nuestro ordenamiento jurídico contiene diversos supuestos legales para situaciones jurídicas distintas, es decir, cada hipótesis normativa contiene sus propias características y sus peculiaridades en función de los elementos que la integran (buena fe, posesión, apariencia y/o publicidad registral), pero todas encaminadas a un fin: tutelar la confianza. En este punto justamente queremos reafirmar la existencia de una tendencia de nuestras normas que protegen la circulación jurídica de los bienes a salvaguardar a los terceros adquirentes.

Así, tenemos como ejemplos el caso del tercero adquirente del titular aparente en la simulación (Art. 194 c.c.); el caso del tercero adquirente del heredero aparente como límite a la reivindicación de bienes hereditarios (Art. 665 c.c.); el caso del tercero adquirente mediante justo título en la prescripción adquisitiva breve (Art. 950, párrafo 2° c.c.); y el caso del tercero adquirente en virtud de la fe pública registral (Art. 2014 c.c.). Todos estos terceros son pues subadquirentes, es decir, se encuentran en la cadena de transferencias como “segundos adquirentes” – en una cadena de transferencias– de un determinado bien.

En suma, en todos estos casos, los (terceros) adquirentes vienen tutelados siempre que reúnan las condiciones y elementos materiales que exige cada hipótesis normativa, de manera que el acto mediante el cual un bien es adquirido resulta inatacable, es decir, viene protegido y el efecto adquisitivo se produce a su favor en virtud precisamente del principio de la confianza que apunta a tutelar la circulación jurídica de los bienes.¹³⁰

CAPÍTULO CUARTO

LÍMITES Y ALCANCES DE LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

La adquisición *a non domino* no puede operar sino bajo ciertos límites que impiden u obstaculizarían su configuración legal, los cuales se pueden verificar en los denominados delitos contra el patrimonio, en particular, y los negocios jurídicos ilícitos, en general. Asimismo, no cualquier tipo de adquisición de un *non dominus* le corresponde la calificación de este tipo de adquisición debido a los diversos criterios de valoración de cada supuesto, y esto nos lleva al tema de los alcances de la adquisición *a non domino*.

1. Los contratos ilícitos o prohibidos

Los contratos prohibidos o ilícitos son aquellos contrarios a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres¹. La ilicitud puede concernir² al objeto (comercio de drogas), a la causa (disposición del derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto), o también a los motivos (de ambas partes o de una de ellas dirigida de sacar provecho del motivo ilícito de la otra). La consecuencia de semejantes contratos sería la nulidad absoluta.

¹ MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere*, Tomo II, Volume XXI, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Milano, Giuffré, 1972, p. 232; BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, III, Il Contratto*, Milano, Giuffré, 1987, p.582; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo II, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 34.

² BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 585.

Ahora bien, si nos centramos en los contratos que inciden en normas penales como es el caso paradigmático del delito de estelionato³, podemos decir que en cuanto al objeto no es lícito (o está prohibido) vender cosas robadas o hurtadas; en cuanto a la causa no es lícito (o está prohibido) vender como propias cosas ajenas; y en cuanto a los motivos no es lícito (o está prohibido) sacar provecho de una situación en que se adquiriera un bien conociendo el perjuicio ajeno. Sin embargo, se debe tener presente que en virtud del principio de culpabilidad en materia penal sólo es responsable individualmente el autor material o intelectual del delito previsto en un tipo penal específico, es decir, sólo es responsable penalmente el agente infractor de la norma penal⁴.

En tal sentido, el problema que plantean los contratos ilícitos o prohibidos en cuanto resulta de la infracción de una norma penal radica “cuando la sanción penal está prevista –única y exclusivamente - a cargo de una sola de las partes. En tal caso no es el contrato contrario a la ley, sino el comportamiento de la parte, y a menudo la ley violada es puesta a tutela de la otra parte. La nulidad total podría entonces ser una sanción no conforme a los intereses de la parte tutelada”⁵. Por ello, se ha dicho que, en general, “en los casos en los cuales el delito haya sido consumado por una parte mediante la estipulación del contrato en perjuicio de la otra, la solución más apropiada es la de aplicar al comportamiento prohibido la sanción penal y de aplicar al contrato la disciplina del derecho privado específicamente prevista como tutela de la otra parte, según la relevancia que aquel comportamiento asume sobre el plano civil”⁶. ¡La disciplina en nuestro caso no es otra que los supuestos de adquisición *a non domino*!

En efecto, en materia de infracción de normas penales o de comisión de tipos delictivos debe distinguirse el autor de la víctima. En el delito de estelionato por ejemplo sólo es autor quien vende como propios bienes ajenos y no la otra parte necesariamente. Si la otra parte conocía o debía conocer la ajenidad del bien, no cometerá el mismo delito, sino otro tipo denominado delito de receptación⁷. Pero existen casos en los cuales quien adquiere o recibe un bien ajeno confió de buena fe en la regularidad del acto

³ El delito de estelionato es un tipo doloso y se configura cuando “se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos” (ver: Art. 97, inc. 4 del Código Penal).

⁴ VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal, Parte General*, Segunda edición aumentada y actualizada, Lima, Editorial San Marcos, 2001, p. 121.

⁵ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 583.

⁶ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*

⁷ **Art. 194 del Código Penal.-** El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y, con treinta a noventa días-multa. (el subrayado es nuestro).

y, por ende, junto con el verdadero propietario, resulta también ser víctima del mismo delito.

Habiendo entonces dos víctimas: el propietario que se ve despojado del bien y el tercero adquirente que confió en la regularidad del acto, la solución no debe pasar siempre y en todos los casos por declarar la nulidad del contrato, toda vez que existen dos intereses igualmente dignos de tutela. Sin embargo, nuestra jurisprudencia tiende a rechazar cualquier tutela al comprador señalando que en la venta de un bien ajeno existe causal de nulidad, y, por consiguiente, es un acto jurídico inválido por contener o un fin ilícito (puesto que quien vende como propio un bien ajeno comete delito de estelionato)⁸; o un objeto jurídicamente imposible (toda vez que es jurídicamente imposible que un tercero venda como propio un bien ajeno)⁹; o contravenir el orden público (ya que todo acto ilícito penal es contrario al orden público)¹⁰.

De las Casaciones citadas, resulta por demás curioso que no siendo competencia del Juez civil determinar cuándo constituye delito una determinada conducta, termina por poner como fundamento de la nulidad la infracción penal. En efecto, el Juez civil podrá determinar la buena o mala fe, diligencia o dolo de las partes en la celebración del contrato, podrá establecer indicios que se haya configurado un delito – y para ello deberá

⁸ **“Tercero.-** Que, fuera de esas circunstancias la venta de cosa ajena es un delito, tipificado en el artículo 197 inciso 4° del Código Penal y denominado estelionato, por lo que constituye un acto ilícito (ver: Cas. N° 1017-97-PIURA, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 10-10-1998).

⁹ **Cuarto.-** Que, siendo ello así, única y exclusivamente el actor por sí mismo o por intermedio de tercero estaba facultado para enajenar el inmueble de su propiedad, de tal modo que la privación de su derecho de propiedad por acto de tercera persona, quien sin autorización de aquel, lo enajena actuando y declarando ser propietario del bien ajeno, configura principalmente la causal de nulidad prevista en el artículo 219, inc. 3° del Código Civil vigente, además de la prevista en el inc. 1° del mismo artículo; toda vez, que es jurídicamente imposible, esto es, contrario al ordenamiento jurídico, que un tercero venda como propio un bien ajeno, pues tal conducta está tipificada como delito de Estelionato en el artículo 197, inc. 4° del Código Penal (ver: CAS. N° 718-99A LAMBAYEQUE, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 27-06-2001).

¹⁰ **“Sexto:** [...]. b) Que el vendedor venda como propio, un bien que es ajeno, en cuyo caso la venta no puede ser válida, y por el contrario incurre en nulidad virtual, ya que, si bien éste acto jurídico no está específicamente sancionado con nulidad, la conducta del vendedor sí tipifica como delito previsto y penado en el artículo 197 inciso 4 del Código Penal vigente, por tanto se trata de un acto nulo por ser contrario al orden público” (ver: CAS. N° 1709-2004 HUÁNUCO, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 02-06-06).

remitir los actuados al Ministerio Público para la respectiva denuncia penal –, pero no puede establecer que una conducta configura delito y ponerlo como *ratio decidendi* de la nulidad. En realidad, sólo el juez penal es competente para determinar que una conducta efectivamente configura delito.

1.1. Los alcances de la infracción penal en relación a las partes del contrato

En este punto, resulta sumamente relevante desarrollar un poco más este aspecto de enorme importancia, es decir, la relación entre infracción (norma) penal y las relaciones jurídico-privadas; y lo haremos partiendo de las profundas reflexiones que ha realizado el profesor alemán Werner Flume¹¹ sobre los negocios jurídico ilícitos que nos advierte implícitamente que estos tipos de problemas corresponde a un problema más general, a saber si y en qué medida las relaciones jurídicas privadas pueden verse afectadas por la conducta punible de uno de los partícipes en un negocio jurídico.

Werner Flume, antes de estudiar propiamente los negocios jurídicos ilícitos o prohibidos, parte de una previa y relevante distinción entre dos tipos de normas prohibitivas:

a) Las que afectan directamente al negocio jurídico, donde lo único que importa para la eficacia de la norma prohibitiva es precisamente el negocio jurídico en cuanto sea contrario a ella. Algunos ejemplos son la prohibición legal de celebrar contratos entre los cónyuges respecto de los bienes sociales o la prohibición general de pactar la no enajenación. En estos casos, es irrelevante que sea o no reprochable la conducta del que actúa negocialmente, es decir, no importa si el que actúa conoce o debía conocer la ley prohibitiva.

b) Las que afectan directamente al actuar jurídico negocial de uno de los partícipes e indirectamente al negocio jurídico. Es el caso de las normas penales que sólo se dirigen contra la realización de un negocio jurídico como acto punible, por ejemplo, el delito de estelionato. En este sentido, sólo son normas prohibitivas mediatas respecto del negocio jurídico cuya realización sea un acto punible. Estas normas penales siempre afectan directamente sólo al acto punible de la realización del negocio jurídico, pero no al negocio jurídico como reglamentación consumada. La consecuencia

¹¹ FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*, Cuarta edición, Traducción del alemán de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 409 y sgtes.

jurídica establecida por la ley penal sólo se refiere directamente a la persona del autor en cuanto la ley penal establezca su punibilidad.

En tal sentido, para que un negocio jurídico se vea afectado por la norma penal, no es suficiente que sólo uno de los partícipes haya incurrido en un acto punible por la realización del negocio, es necesario que el conjunto de los partícipes en la celebración del negocio jurídico hayan infringido la norma penal o conocieran la infracción de uno de ellos o contaran con ello y, a pesar de todo, hayan realizado el negocio jurídico en su provecho.

De acuerdo a ello, entonces, se pueden tener dos situaciones:

La primera, es que para que la norma penal contra la realización del actuar jurídico negocial tenga eficacia como norma prohibitiva respecto del negocio jurídico, se requiere que por la realización del negocio jurídico se cumpla totalmente la norma penal, de modo que se den no sólo los presupuestos objetivos, sino los subjetivos del tipo penal.

La segunda, es que si la ley prohibitiva (norma penal) afecta sólo a la conducta de uno de los partícipes de un negocio jurídico, respecto de la celebración del negocio jurídico, entonces, la relación jurídica de la otra parte del negocio queda completamente a salvo de la ley prohibitiva, en cuanto sólo se producen efectos jurídicos de derecho público respecto del que actuó contra la prohibición.

En consecuencia, podemos extraer una enseñanza: La comisión de delito materializada en el acto de vender como propias bienes ajenos (estelionato) no importan *per se* la invalidez (nulidad) del contrato. Para predicar la nulidad del contrato es necesario que la otra parte haya conocido o debía conocer – o simplemente que haya sido negligente en procurarse información acerca de la titularidad del derecho que se le transfiere - la infracción penal y, a pesar de ello, celebró el contrato.

1.2. El orden público, la propiedad y el contrato: interés en la seguridad estática Vs. interés en la seguridad dinámica

En atención a lo señalado, creemos que la interpretación jurisprudencial que declara la nulidad del contrato en que una de las partes vende como propios bienes ajenos (delito de estelionato) – sin tener en cuenta la situación de la otra parte -, privilegia de manera exclusiva y excluyente (por no decir absoluta) la protección de la propiedad privada, pues no se toma en cuenta aquellas circunstancias en las cuales se generan

verdaderas y reales situaciones de confianza basados no sólo en la buena fe creencia de quien adquiere o recibe el bien, sino también en patrones de diligencia y de indagación que pueda realizar cualquier adquirente diligente sobre la titularidad del transferente, y que vienen sobre todo contextualizados en una cadena de transferencias y adquisiciones. Por ende, semejante interpretación corresponde a una actitud conservadora que tiende a tutelar de un modo absoluto la propiedad.

En realidad, el interés a la seguridad de conservar las situaciones jurídicas preexistentes (seguridad estática de los derechos: la propiedad) no es exclusivo ni excluyente en una economía social de mercado, pues a su lado existe también el interés a la seguridad de la circulación jurídica de los bienes y derechos (seguridad dinámica de los derechos: circulación de la propiedad). Así, ambos intereses corresponden a intereses fundamentales de una sociedad liberal y capitalista como la nuestra, y de lo que se trata es de armonizar estos dos intereses fundamentales que el propio ordenamiento jurídico ha reconocido y recogido en sus instituciones y normas jurídicas.

No es pues cierto, pues, que los contratos sobre bienes ajenos atentan contra el orden público por el solo hecho de ser tales.

Si bien tal vez las Casaciones citadas tenían como fin dar solución a una situación eminentemente injusta, no era, sin embargo, el medio idóneo ni tampoco la única manera de arribar a una solución satisfactoria. En realidad, creemos que tales decisiones jurisprudenciales se deben fundamentalmente a tres factores: a) la vigencia del dogma de la voluntad sobre el negocio jurídico; b) el temor o el rechazo absoluto a la intromisión sobre el patrimonio ajeno; c) la poca fortuna que ha recibido el estudio de las situaciones o relaciones jurídicas peculiares, si se quiere anómalas, de los negocios jurídicos sobre patrimonio ajeno.

No obstante – insistimos –, en una economía de mercado, donde el intercambio y la circulación de bienes manifiestan algunas características principales de la sociedad liberal y capitalista, no puede verse limitada o impedida de realizarse en base a dogmas, prejuicios o temores, de manera que la seguridad a la adquisición de propiedad privada y la seguridad a la conservación de la propiedad privada son dos intereses fundamentales de la sociedad capitalista.

En efecto, los cambios económicos y sociales que se produjeron luego de la promulgación del Código civil peruano de 1984 son ostensibles. La nueva Constitución Política de 1993 estableció de manera clara e inequívoca una economía social de mercado conforme a las políticas neoliberales que empezaron a dominar en el mundo occidental luego de la

caída de la U.R.S.S. El intercambio y la circulación de bienes se realizan según criterios del mercado en cuanto precio, en cuanto a cantidad y calidad, etc., no escapa pues de la regulación (o autorregulación) del mercado los problemas que se generan en las transacciones o en los costos de transacción. La circulación de la riqueza ha adquirido entonces connotaciones de mucha importancia, y la seguridad en los intercambios requiere de criterios que permitan volver eficiente la asignación de recursos. No es más posible proteger de manera absoluta los bienes de propiedad privada que entren en la circulación jurídica.

Ahora bien, se dice que un contrato es contrario al orden público “cuando está dirigido contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico de un Estado, principios e intereses deducibles de normas imperativas de la ley, pero no necesariamente formuladas por estas”¹². Asimismo, se ha avanzado al concepto de orden público económico “constituido por el complejo de los principios políticos, que informan la disciplina legislativa de las relaciones económicas”¹³.

Así, no puede excluirse del concepto de orden público el interés a la seguridad (dinámica) de adquirir un bien que haya entrado en el intercambio y en la circulación jurídica, pues éste es también hoy un interés fundamental que el Estado ha reconocido. Se trata, más bien, de buscar la posibilidad de armonizar estos dos intereses fundamentales que entran en conflicto mediante reconstrucciones interpretativas del ordenamiento jurídico, determinando bajo qué circunstancias un determinado interés deba ser sacrificado y establecer la razón de su fundamento a través de un equilibrio de los intereses en conflicto.

Una de las formas legales de establecer una armonía o equilibrio en la seguridad de las adquisiciones de derechos está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico por la disciplina civil denominada adquisición *a non domino*, que se configura como una forma excepcional de adquisición de la propiedad de un *non dominus* en virtud de la verificación de un conjunto de elementos y circunstancias que dispone la norma jurídica para su aplicación, y que se encuentran destinados a tutelar la confianza de los terceros que actúan en la creencia legítima de adquirir del verdadero propietario.

No cabe duda que el juicio de diligencia y de las circunstancias de la adquisición del bien, serán fundamentales para determinar o no la activación de la tutela a favor del tercero.

¹² CARRESI, Franco, *Il Negozi Illecito per Contrarietà al Buen Costume*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno III, Milano, Giuffrè, 1949, p 33.

¹³ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 245.

Finalmente, debemos señalar que los límites de la adquisición *a non domino* no depende de la calificación del bien (robado o hurtado) ni de la simple constatación de que si se vende como propios bienes ajenos (estelionato), sino, más bien, depende única y exclusivamente de la situación real y concreta de quien recibe o adquiere el bien de parte del *non dominus*. Si éste conocía o debía conocer la ajenidad del bien cometerá delito de receptación y no adquirirá nada porque las partes del contrato en su totalidad han infringido la norma penal y, en consecuencia, el contrato sería nulo por fin ilícito. Si adquirió el bien en clara y evidente negligencia tampoco adquirirá el bien debido a que la tutela de la confianza está funcionalmente condicionada a la actuación de buena fe.

2. La compraventa de bien ajeno como contrato típico. Validez de su objeto

El Código Civil de 1984 ha consagrado la compraventa de bien ajeno – y así discrepamos de la interpretación tradicional - como un contrato nominado y típico (artículos 1539, 1540 y 1541 c.c.), totalmente distinto del otro contrato que consiste en el compromiso de obtener que otro adquiera un bien que ambas partes saben que es ajeno (artículo 1537 c.c.). Esto es coherente con artículo 1409, inc. 2, que establece que *“la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar: [...] 2.- sobre bienes ajenos”*.

Tal vez estas normas en sí consideradas hubieran sido suficientes para despejar toda duda acerca de la validez o no de una compraventa que tiene por objeto un bien ajeno, por lo menos, en cuanto a su objeto. No obstante, existe jurisprudencia que señala que la venta de bienes ajenos es un acto nulo por contener un objeto jurídicamente imposible¹⁴.

¹⁴ En efecto, una reciente sentencia de la Corte Suprema se ha señalado que “tras acreditarse probatoriamente que la vendedora no ostentaba la propiedad del predio, se determinó que no podía transferirlo, por lo que el objeto de ese acto jurídico contenía un imposible jurídico, configurándose la causal de nulidad contenida en el inciso 3 del artículo 219 del Código Civil; siendo así, se advierte que se aplicó correctamente el artículo 923 del Código Civil, por cuanto esta norma establece la potestad del propietario del bien de transferirlo, potestad que no puede ejercer un tercero que no detenta la titularidad sobre el bien” (ver: Cas. N° 1332-2009 Cajamarca, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 31/01/2011). Contra este argumento se puede replicar señalando que el artículo 923 establece sólo las facultades típicas del propietario en relación con el bien y no las consecuencias legales de su ejercicio, provengan o no del titular, ya que, por un lado, se puede ser titular del bien y no poder ejercer válidamente la facultad de disposición como sucede en el caso de incapacidad absoluta y relativa (Art. 219, Inc. 2; Art. 221, Inc. 1 del Código Civil) y, por otro lado, se puede no ostentar la titularidad y ejercer válidamente la facultad de disposición del bien como en el caso del acreedor garantizado en la venta extrajudicial de la garantía mobiliaria (Art. 10 y 12 de la Ley de Garantía Mobiliaria) (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, en cuanto a contratos que versen sobre bienes ajenos se debe distinguir claramente dos tipos de contratos: el contrato recogido en el artículo 1537 c.c. (compromiso de obtener que otro adquiriera un bien que ambas partes saben que es ajeno) y 1539 c.c. (compraventa de bien ajeno). Ambos son contratos válidos en cuanto a su objeto.

Así, el contrato mediante el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiriera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, es un contrato con una típica prestación de garantía frente al incumplimiento de la promesa, toda vez que el promitente no se obliga ni tampoco podría obligarse a obtener que el promisorio adquiriera un bien ajeno, pues lo determinante para que se produzca semejante consecuencia es la voluntad del propietario de transferir su propiedad, y no de una actividad propia del promitente. Este podrá hacer todo lo imaginable para lograr persuadir al propietario de transferir el bien, pero la determinación final corresponderá siempre y en última instancia al titular¹⁵.

En efecto, no estamos ante una obligación de medios pues la no verificación de la transferencia del bien por parte del verdadero propietario genera un efecto fundamental y típico: la indemnización a favor del promisorio (Art. 1470 c.c.). Esto no ocurriría en el caso de una obligación de medios ya que si se prueba que actuó con la diligencia requerida se liberaría de cualquier responsabilidad. Tampoco se trata de una obligación de resultados toda vez que de no lograr que el promisorio adquiriera el bien ajeno, la indemnización no tiene el carácter de reparación por los daños y perjuicios sufridos, sino, más bien, la de cubrir el riesgo de la no verificación de un hecho.

Siendo así, el artículo 1537 c.c. prevé un típico supuesto de contrato con prestación de garantía, vale decir, “el promitente, en otros términos, deberá pagar la indemnización no porque ha incumplido a causa del rechazo del tercero, sino en cuanto ha garantizado (una especie de seguro) el comportamiento del tercero”^{16 17}.

¹⁵ Por ello, se ha dicho que: “la posibilidad indica la susceptibilidad del cumplimiento de la obligación en relación al esfuerzo diligente debido. Posible es la prestación susceptible de ejecución mediante el compromiso del esfuerzo diligente requerido al deudor; **imposible es, viceversa, la prestación no susceptible de ser ejecutada incluso con la aplicación de todo el esfuerzo diligente que en base a la ley y al título es debido por parte del deudor**” (la negrita es nuestra) (ver: BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, L'obbligazione*, IV, Milano, Giuffrè, 1990, p. 83).

¹⁶ CAPOZZI, Guido, *Dei Singoli Contratti*, Volume Primo, Milano, Giuffrè, 1988. p. 119. En contra: BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 120, quien afirma que en realidad se trata de una obligación de resultado.

¹⁷ Esta era la postura anteriormente sostenida por DE LA PUENTE Y LAVALLE que luego la dejó de lado, fundamentalmente, por partir de la premisa de considerar el contrato sólo

El contrato de compraventa de bien ajeno es, en cambio, un contrato sometido a una *condictio iuris*, una condición legal suspensiva^{18 19}. Por condición legal debe entenderse “el acontecimiento futuro e incierto al cual es subordinada la eficacia del negocio por voluntad no ya de las partes, sino de la ley”²⁰. En este caso, el acontecimiento futuro e incierto (evento condicional) consiste en que el vendedor adquiera la titularidad del bien. Ahora bien, la concepción que se tenga de condición legal (*condictio iuris*) es fundamental para comprender la incidencia que tiene en la compraventa de bien ajeno.

En tal sentido, partimos de una autorizada doctrina²¹ que tomando como base el nexo que intercede entre acto (negocio) jurídico y condición (legal) en términos de intereses, habla de una relación entre dos planos de intereses: uno interno y otro externo. El plano de intereses internos corresponde a la reglamentación realizada por las partes y representaría la función típica del acto²² (el contrato de compraventa); el plano de intereses externos, en cambio, corresponde a un tercero extraño que no participó en el acto realizado por las partes²³ y cuyo contenido colisiona directamente con sus intereses (el propietario en la venta de bien ajeno).

En estos casos, el ordenamiento jurídico desarrolla un mecanismo que consiste en no reconocer eficacia inmediata al acto²⁴, y, más bien, suspende y subordina los efectos típicos del acto a la verificación de un

como creador de obligaciones y limitar el contrato a este tipo de relación jurídica patrimonial (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, Cit., p. 257).

¹⁸ Expresamente: MENGONI, Luigi, *Risolubilità della Vendita di Cosa Altrui e Acquisto “a non domino”* en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Milano, Giuffré, 1949, p. 296.

¹⁹ En este sentido, nos apartamos radicalmente de la idea - por las razones que mencionaremos en seguida - según la cual “sólo haya compraventa de bien ajeno cuando el vendedor se obliga, como tal, a transferir al comprador la propiedad del bien” (ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*, Primera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1999. p. 69) o de quien sostiene que de este contrato surge “la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador” (ver: CASTILLO FREYRE, Mario, *Comentarios al Contrato de Compraventa*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 74).

²⁰ RESCIGNO, Pietro, Voce *Condizione (Diritto Vigente)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volumen VIII. 1961, p. 768. No obstante, el mismo autor manifiesta sus dudas y reservas acerca de la consistencia de la condición como categoría unitaria que comprenda tanto a la *condictio iuris* como a la condición voluntaria (*condictio facti*).

²¹ FALZEA, Angelo, *La Condizione e Gli Elementi dell'atto Giuridico*, Milano, Giuffré, 1941, p. 11.

²² FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 80.

²³ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 111.

²⁴ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.* p. 108, quien afirma que en la colisión de ambos intereses el ordenamiento jurídico hace prevalecer el sistema de los intereses externos (*Cit.*, p. 84).

evento futuro e incierto que elimine o ponga fin a la incidencia sobre sistema de intereses externos. Este mecanismo se conoce como condición (legal)²⁵. En el artículo 1539 c.c. que prevé la compraventa de bien ajeno (sistema de intereses internos), el evento condicional se configurará en el momento en que el vendedor adquiera el bien del verdadero propietario (sistema de intereses externos). En realidad sólo la eficacia real (transmisión de la propiedad) está suspendida hasta que se verifique la condición, pero en tanto se producen sólo los efectos obligatorios: por ejemplo, el pago del precio.

La razón por la cual decimos que se trata de una condición legal y no de una obligación del vendedor de adquirir el bien, es porque no existe ni puede existir la obligación del vendedor de hacer que el comprador adquiera el bien, toda vez que la prestación no podría ser ejecutada dentro de las posibilidades del vendedor (es pues una prestación imposible), pues si el verdadero propietario se niega a venderlo no puede decirse que incumplió. En consecuencia, la prestación no es posible²⁶. Empero, el evento condicional, en cambio, sí es posible. Es sabido que para que una condición se califique de posible se requiere sólo que no existan impedimentos de hecho o de derecho que vuelva cierta la no verificación del evento condicional, según un juicio de razonabilidad²⁷.

Ahora bien, el desconocimiento de la ajenidad del bien por una o ambas partes no determina la calificación del contrato como uno de

²⁵ “El ordenamiento jurídico interviene para aplicar a un determinado esquema normativo el mecanismo condicional sólo cuando reputa oportuno tutelar el interés externo que el reglamento, nacido del acto, podría comprometer; por ende, exclusivamente en los casos en los cuales el interés externo adquiere tal importancia se debe exigir una particular tutela que el derecho asegura mediante el mecanismo condicional” (ver: FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 115).

²⁶ La prestación es un comportamiento del deudor dirigido a satisfacer el interés del acreedor donde el objeto de la prestación es la cosa. De ahí que debe interpretarse el artículo 1409 del C.C. inc. 2. en el sentido de que el objeto de la prestación pueden ser bienes ajenos. No obstante, en la venta de bien ajeno no es posible la subsistencia de una prestación consistente en un deber de adquirir el bien del verdadero propietario, pues no depende de su energías ni de su diligencia lograr satisfacer el interés del acreedor, sino que a tal efecto depende fundamentalmente de la voluntad y decisión del verdadero propietario de transferir su titularidad. En consecuencia, no cumple con el requisito de la posibilidad la supuesta prestación del vendedor de adquirir el bien del verdadero propietario. El, en cambio, reúne las características de un evento futuro e incierto donde la posibilidad de la condición se mide no por el comportamiento de la parte, sino por un acontecimiento física o jurídicamente posible (del vendedor no depende la adquisición del inmueble por ello su prestación – la de adquirir la propiedad- es imposible; en cambio, la voluntad y decisión del verdadero propietario es un acontecimiento totalmente posible, sin embargo, sigue siendo futuro e incierto).

²⁷ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 518.

compraventa de bien ajeno²⁸, lo que influye sobre su calificación es la valoración que se haga del contenido del acuerdo y del comportamiento asumido mediante la interpretación de la intención común de las partes. En realidad, la relevancia del conocimiento o no de la ajena ajenidad del bien está configurada para poder ejercer el remedio rescisorio por parte del comprador, y no se sitúa en el aspecto estructural del contrato.

2.1. Venta de bien ajeno y adquisición *a non domino*. Formación del justo título

En este orden de ideas, podemos decir que de darse el caso de que el vendedor entregue la posesión del bien al comprador no se configurará la ejecución de la prestación, sino simplemente la constatación de una situación de hecho – la *traditio* – una forma de adquirir la posesión, pero no la propiedad (lo que corrobora que no se puede hablar de prestación ya que tal comportamiento no puede satisfacer el interés del acreedor que es adquirir la propiedad, y no la mera posesión)²⁹.

Podrá adquirir el comprador eventualmente la propiedad en virtud del artículo 948 c.c., si se trata de bien mueble y si es de mala fe con el trascurso de 2 años; si se trata de un inmueble sólo podrá adquirir la propiedad en virtud del artículo 950 c.c. (buena fe y justo título). Mientras tanto no se configure alguno de los supuestos de adquisición *a non domino* que corresponde a una hipótesis normativa distinta, el comprador sólo tendrá la posesión del bien, pero ninguna titularidad (salvo la verificación de la condición).

Por ello, si el comprador llegase a poseer un bien en virtud del contrato de compraventa de bien ajeno, el verdadero propietario podrá tutelar su derecho a la posesión (*ius possidendi*) mediante la correspondiente acción reivindicatoria y/o el mejor derecho de propiedad toda vez que sigue siendo

²⁸ MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 277. En nuestro medio: ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Reflexiones en torno a la Llamada Venta de Bien Ajeno*, en *Themis*, Número 29, 1994, p. 157.

²⁹ En efecto, se ha dicho que el interés del acreedor es un elemento constitutivo de la obligación (ver: BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 42) o que constituye un carácter fisonómico de ella (ver: GIORGIANNI, Michele, *La Obligación (La Parte General de las Obligaciones)*, Traducción del italiano por Everio Verdera y Tuells, Barcelona, Bosch, 1958, p. 61). Por eso se ha dicho consecuentemente que **“el carácter constitutivo del interés del acreedor comporta que la obligación no surge si tal interés no subsiste o si la prestación no es susceptible de satisfacerlo”** (la negrita es nuestra) (ver: BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 43).

propietario, no ha perdido nunca la titularidad sobre el bien³⁰. Si el comprador resulta ser poseedor de mala fe (conocía la ajenidad del bien) deberá restituir los frutos. Podrá eventualmente verificarse la concurrencia de una causa o fin ilícito en la compraventa de bien ajeno cuando se tenga por ejemplo un propósito claramente ilícito (delito de estelionato o delito de receptación), y entonces se podrá discutir judicialmente sobre la invalidez o no del contrato.

Por tal razón, a nuestro juicio, la venta de un bien ajeno no puede ser declarada nula por el simple hecho de que quien los transfiere no ostenta la titularidad de dicho bien, toda vez que el Código Civil ha consagrado a la compraventa de bien ajeno como un contrato válido, pero ineficaz y ha predispuesto que los contratos pueden tener por objeto bienes ajenos.

Ahora, si bien en cuanto a su objeto la compraventa de bien ajeno es un contrato válido, no podría predicarse lo mismo en cuanto a su causa o fin, por una sencilla razón: el ordenamiento jurídico no sólo ha dispuesto el control sobre el objeto, sino también sobre el fin del contrato (causales de invalidez). Por ello, si el contrato celebrado se verifica por el lado del vendedor el delito de estelionato y por el lado del comprador el delito de receptación, es obvio que la causa del contrato es ilícita y por ende nula.

En tanto no se configure un fin ilícito común a las partes contratantes, la compraventa de bien ajeno puede generar un justo título, toda vez que el acto de disposición del bien contenido en la venta sólo adolecería de un defecto: la falta de titularidad del enajenante (que no incide en la validez del contrato).

¿La compraventa de bien ajeno puede originar una adquisición a *non domino*? La respuesta es afirmativa, pero con precisión de algunos aspectos. La compraventa de bien ajeno puede reunir todas las características de un justo título, toda vez que es un contrato que contiene un acto de disposición respecto de un bien mueble o inmueble, pero que en concreto no produce dicho efecto debido a la falta de un presupuesto de eficacia: la falta de

³⁰ Así, se ha afirmado que “dentro de la acción reivindicatoria se puede actuar todo tipo de pruebas para determinar quién es el propietario del bien (o quién tiene “mejor derecho de propiedad”, lo cual viene a ser lo mismo), y ello no obliga a pretender la anulación del título contrario. Es decir, para tener éxito en la reivindicatoria no es necesario anular, previamente, el título invocado por la parte contraria, ya que en esta acción plenaria el juez evalúa los títulos presentados, y decide cuál de ellos acredita la propiedad. Es superflua e innecesaria la exigencia de anular el título contrario para recién obtener un pronunciamiento de fondo en la reivindicación. La ajenidad del bien NO es causal de nulidad del acto jurídico y, más bien, existe norma expresa que sanciona su validez (artículo 1409 C.C.), aunque obviamente, un título de estas características será impotente para transmitir algún derecho. (Ver: GONZALES BARRÓN, Gunther, *Derechos Reales*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 597).

titularidad del bien del enajenante. Se puede decir entonces que toda compraventa de bien ajeno se configura como justo título, pero no que todo justo título se configura en una compraventa de bien ajeno. El justo título puede generarse a título de liberalidad, de pago o, en general, de cualquier acto que importe transferencia de propiedad; en cambio, la compraventa siempre es a título oneroso.

Sin embargo, no basta el justo título para adquirir *a non domino* pues se requiere el concurso de otros elementos de la hipótesis normativa (buena fe, posesión, etc.). Por ello, el comprador en una venta de bien ajeno y que conocía la ajenidad del bien podrá contar con un justo título, pero no podrá completar los elementos de la hipótesis normativa debido a que ha actuado de mala fe. Por el lado del vendedor, en cambio, es irrelevante su buena o mala fe³¹ al momento de celebrar el contrato toda vez que la ley toma en cuenta, en los supuestos de adquisición *a non domino*, sólo el estado intelectual del adquirente.

En consecuencia, como ya se ha visto, no es suficiente *per se* la compraventa de un bien ajeno para que el comprador se convierta en un adquirente *a non domino*, es preciso que además reúna otros elementos de una diversa hipótesis normativa más compleja³². Por todo ello, se puede decir que la disciplina normativa de la compraventa de bien ajeno no viene en consideración y es irrelevante en las adquisiciones *a non domino* ya que sólo adquiere relevancia (limitada) en cuanto adquiera la calidad de justo título o de título idóneo.

3. Modalidades de adquisición de la propiedad distintas de la adquisición *a non domino*

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas normas que prevén supuestos anormales, si se quiere, de adquisición de derechos (la propiedad) que deben distinguirse claramente de las hipótesis legales de adquisición *a non domino*. En efecto, no todo acto de disposición de un no titular configuran los supuestos hasta ahora estudiados, sino, más bien, configuran supuestos autónomos que deben ser analizados, aunque se

³¹ La buena o mala fe del vendedor será relevante sólo a efectos de la responsabilidad civil en términos de factor de atribución, vale decir, como dolo o culpa.

³² Así, se dice que “se tiene venta de cosa ajena cuando el derecho vendido no pertenece al vendedor sino a un tercero, y el vendedor, además de no tener la titularidad, no tiene ni siquiera el poder de disposición, ni ha concluido el contrato en nombre del tercero titular, **y no se presenta alguno de los casos en los cuales es válida y eficaz la adquisición *a non domino***. (la negrita es nuestra) (ver: RUBINO, Domenico, *La Compravendita*, Milano, Giuffré, 1952, p. 263.)

someramente, para deslindar claramente la adquisición *a non domino* de otras formas de adquisición semejantes o parecidas.

3.1. Adquisición de bienes muebles en lugares abiertos al público. ¿Tutela del consumidor?

El artículo 1542 c.c. reproduce la fórmula legal prevista en el artículo 82 (hoy derogado) del antiguo, pero aún vigente (por lo menos algunas de sus normas), Código de Comercio peruano de 1902:

“Artículo 1542.- Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente.”

La razón de la protección de la adquisición no tiene como sostén la tutela de la buena fe y de la confianza de los terceros adquirentes, sino que radica fundamentalmente en dos elementos y/o circunstancias objetivas, a saber: a) que las ventas se realicen en tiendas o locales abiertos al público; y 2) que estén amparadas en facturas o pólizas. Por la especial disposición de la norma no se incluye a la buena fe como elemento a tenerse en cuenta a efectos de que opere la adquisición en establecimientos abiertos al público. En consecuencia, la buena fe no es elemento constitutivo ni la mala fe es elemento impeditivo de la adquisición.

La tutela del tráfico o de la circulación jurídica de bienes no depende única y exclusivamente del estado subjetivo del adquirente, sino la medida de protección del tráfico comercial puede darse también en virtud de consideraciones objetivas. Así, nadie puede dudar de que el artículo 1542 c.c. sea una medida protectora del tráfico comercial, porque precisamente es indudable que una de las formas más positivas de proteger el tráfico es asegurar la posición de aquellos que contrataron en lugares destinados expresamente a la negociación (almacenes, tiendas)³³.

³³ MELÓN INFANTE, Fernando, *La Adquisición de Mercaderías en establecimiento comercial*, citado por ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ, Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Elvira MARTÍNEZ COCO, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 58. En contra: CASTILLO FREYRE, Mario, *Op. Cit.*, p. 104, quien plantea en este caso una presunción de buena fe del adquirente, pero considera que es de justicia que “esta presunción admita prueba en contrario por parte del anterior propietario, que se halle interesado en reivindicar el bien cuya posesión ha perdido” (*Cit.*).

Evidentemente que si el vendedor del establecimiento y el comprador han actuado dolosamente (en contubernio), cometiendo el primero delito de estelionato y el segundo delito de receptación, la venta cae por contener un acuerdo con fin ilícito y, por ende, sería nula. Sin embargo, esto es una situación extrema aunque posible, pero poco probable.

Si sólo viene acreditada la mala fe del adquirente, creemos que esto no influirá en la adquisición misma, dado que ella opera por consideraciones eminentemente objetivas. En tal caso, el propietario afectado o el perjudicado directo sólo podrán accionar vía responsabilidad civil a efectos de lograr una indemnización por los daños y perjuicios o una denuncia penal si se cumplen los elementos del tipo.

Ahora bien, aquí “no existe dificultad alguna en lo que se refiere a tiendas, pues se trata de establecimientos comerciales que cuentan con licencias y, en general, con los requisitos que exige la legislación administrativa y municipal”³⁴, que también incluyen ferias y similares en la medida de que emitan comprobantes de pago (boleta o factura).

En este orden de ideas, no se puede hablar de una adquisición *a non domino* en los supuestos de adquisición de bienes muebles en lugares o tiendas abiertas al público, toda vez que dicha adquisición no descansa en reales y verdaderas situaciones de confianza, bastando a efectos de la tutela – consistente en la no reivindicación del bien por parte del verdadero propietario - que el tercero adquirente haya adquirido el bien en un establecimiento abierto al público y que cuente con un comprobante de pago o póliza entregadas por el vendedor.

La adquisición obedece entonces a circunstancias objetivas y deja de lado el aspecto subjetivo del comprador, por una especial consideración que merece la persona que entabla una relación de consumo de un determinado bien en un determinado lugar. Por ello, creemos que esta forma de adquisición favorece directamente la protección del consumidor en sentido sustancial, pues afecta directa e inmediatamente las relaciones jurídicas patrimoniales (pérdida de la propiedad del anterior titular y adquisición del derecho del nuevo titular).

³⁴ ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ, Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Elvira MARTÍNEZ COCO, *Op. Cit.*, p. 58.

3.2. La denominada “concurrencia de acreedores” en la transferencia de propiedad

Según nuestro Código Civil (artículos 1135 y 1136 c.c.), se designa como concurrencia de acreedores a aquella situación en la que una misma persona denominada deudor se obliga a entregar un determinado y específico bien (mueble o inmueble) a diversos y sucesivos acreedores, de manera que se produce una situación de conflicto entre estos acreedores que tienen derecho sobre el mismo bien³⁵. Ante ello, se establece una regla como criterio de prioridad o preferencia para resolver tal conflicto a efectos de determinar cómo y quién adquirirá la titularidad de bien.

Se trata del fenómeno de sucesivas transferencias (o de obligación de transferir) realizadas por el titular del mismo derecho sobre un bien (derecho de propiedad) a diversos adquirentes. En efecto, el titular del bien realiza consecutivos y diversos actos de disposición (entiéndase transferencia de titularidad) a distintas personas mediante, por ejemplo, una compraventa. En estos casos, se dice normalmente que el ordenamiento jurídico ha previsto un criterio de preferencia o de jerarquía entre los distintos y sucesivos adquirentes sobre la base de determinadas circunstancias o hechos posteriores a la transferencia.

Ante todo, se debe distinguir cuando se trata de sucesivas transferencias de un mismo bien mueble y cuando se trata de un mismo bien inmueble. La relevancia de esta distinción concierne directamente sobre el criterio a tomar en cuenta para establecer quién de los diversos adquirentes será preferido y adquirirá la titularidad definitiva.

En el caso de bienes muebles, previsto en el artículo 1136 c.c. la solución al problema de las sucesivas obligaciones de transferir resulta ciertamente coherente con el sistema de transferencia de propiedad de bienes muebles. En efecto, se ha visto que la transferencia de la propiedad de bienes muebles no inscritos (artículo 947 c.c.) opera con la tradición, y el acuerdo de las partes viene a configurarse como el *titulus adquirendi* que sólo genera la obligación de entregar el bien objeto de la prestación, pero

³⁵ Hay, sin embargo, quien prefiere hablar de un conflicto entre un derecho y un interés cuando advierte que “en rigor, el segundo adquirente [...] no puede adquirir un derecho que haya sido ya transferido a otro. Ello lleva a excluir que se determine un verdadero y propio conflicto de derechos; sino más correctamente se debería reconocer que en tal caso se origine un particular conflicto entre un derecho (cuyo titular es el primer adquirente) y un interés. Aparece entonces del todo singular la función “dirimente” de la transcripción que hace prevalecer un simple interés sobre un derecho subjetivo perfecto”. (ver: CASELLA, Giovanni, *La Doppia Alienazione Immobiliare*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, N° 5, settembre – ottobre, Padova, Cedam, 199, p. 521 -522).

transmite directamente la propiedad, y, por ende, nos encontramos en un auténtica relación obligatoria entre el deudor y los acreedores.

Aquí la buena fe viene a jugar un rol importante como criterio de preferencia y de solución ante este problema, toda vez que si quien recibió la posesión del bien mueble de mala fe, es decir, si conoció la existencia de un acuerdo anterior - con o sin contubernio del transferente – no tendrá preferencia y no podrá adquirir titularidad alguna³⁶, quedando pendiente entonces quién de los otros acreedores será el titular definitivo. En cambio, si obró de buena fe al momento de la tradición su adquisición resultará inatacable, aunque su título sea de fecha posterior. Si, por el contrario, el bien no ha sido aún entregado a ninguno de los acreedores será preferido aquel que cuente con título de fecha anterior y, de ser el caso, del título que conste en documento de fecha cierta más antigua, en aplicación del aforismo romano *prior in tempore, potior in iure* y en aplicación del artículo 245 del Código Procesal Civil relativo al documento privado de fecha cierta.

En estos casos de obligación de transferir el mismo bien mueble no nos encontramos ante un escenario de adquisición *a non domino* por la sencilla razón de que quien se obliga a transferir a diversos y sucesivos acreedores continúa siendo propietario hasta que no venga realizado el hecho jurídico consistente en la entrega o tradición del bien, y frente a los demás acreedores incurrirá en responsabilidad civil por incumplimiento (doloso) del contrato.

Siendo así, podemos decir que aquí sí existe un verdadero conflicto de derechos entre los diversos acreedores dado que cada uno ostentan una misma pretensión hacia un solo objeto, pero no se puede hablar de un adquisición *a non domino* por el simple hecho de que con el contrato el deudor sólo se obliga a transferir (mediante la tradición), pero mientras no ocurra este hecho seguirá siendo el propietario y el segundo o tercer acreedor adquirirán *a domino*, es decir, del verdadero propietario.

En el caso de bienes inmuebles, previsto en el artículo 1135 c.c. el problema es distinto toda vez que el sistema de transferencia de propiedad para bienes inmuebles adoptado por el Código (artículo 949 c.c.) “le otorga al

³⁶ Sobre la base del Código de 1936 cuyo artículo 1173 es muy similar al artículo 1136 actual, un autorizado autor ha dicho que “la buena fe debe existir en el momento de la tradición, que es el momento en que el acreedor que recibe la cosa obtiene un derecho preferencial frente a terceros. No bastaría, pues, con que la buena fe hubiera existido en el momento de la formación del título”. (ver: LEON BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones*, Tomo II, Bueno Aires, Ediar S.A. Editores, 1956, p. 26).

contrato la virtualidad de transferir directamente la propiedad”³⁷, vale decir, el mero consentimiento de las partes importa *per se* la transferencia de la propiedad. En efecto, el contrato de compraventa por ejemplo si bien no genera la obligación de transferir la propiedad dado que el acuerdo produce el efecto real inmediato, sin embargo - como una atenta doctrina señala – produce “además del efecto adquisitivo del derecho de propiedad, una relación jurídica (o un complejo de relaciones jurídicas con las partes), que tienen por contenido recíproco deberes y derechos (de crédito), entre los cuales son esenciales, el deber de entregar la cosa vendida, por parte del vendedor, y el deber de pagar el precio, por parte del comprador”³⁸.

Dado que en el caso de transferencia de propiedad de inmuebles se produce la eficacia real inmediata, el titular que transfiere (eficazmente) un bien inmueble por primera vez al primer adquirente dejó de ser su titular y este último pasará a ser el nuevo titular del derecho transferido. Sin embargo, puede darse el caso que quien adquiere no inscriba su derecho y quien le transfirió realice inmediatamente después sucesivas transferencias (ineficaces) a diversos adquirentes, y uno de ellos (el más diligente) se adelante y logre inscribir en los Registro Públicos su adquisición que resultaría por demás inatacable, salvo la prueba de la mala fe.

En esta situación, ¿acaso estaremos ante un caso de adquisición *a non domino*? La respuesta es negativa, debido fundamentalmente a que el problema que tratamos es del conflicto entre dos o más adquirentes del mismo causante (enajenante), y no del conflicto entre el propietario y tercero adquirente³⁹.

En efecto, la eficacia adquisitiva de una determinada hipótesis normativa no depende siempre única y exclusivamente de la verificación en concreto de tal hipótesis (adquisición del derecho), pues se da el caso – sobre todo en este tipo de conflictos - que el efecto jurídico sólo se despliega con la vinculación de otra hipótesis normativa constituida por la publicidad de la adquisición mediante la inscripción⁴⁰. Con esto no pretendemos señalar

³⁷ ESCOBAR ROZAS, Freddy, El contrato y los Efectos Reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano), en: AA.VV., Estudios Sobre el Contrato en general, ARA Editores, Lima, 2003, p. 249.

³⁸ PUGLIATTI, Salvatore, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*, Milano, Giuffré, 1964, p. 28, quien agrega que “el ligamen entre el aspecto personal (obligatorio) y el real del contrato de venta, es totalmente estrecho, que la suerte del efecto real, puede depender del desarrollo de las relaciones obligatorias” (Cit. p. 28-29).

³⁹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 358.

⁴⁰ MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti “a non domino”*, Terza Edizione, Milano, Giuffré, 1975, p. 9, quien afirma además que la inscripción “en cuanto no integra la hipótesis normativa de

que estemos ante un caso de publicidad constitutiva, sino que la inscripción como hipótesis normativa vinculada a la hipótesis de adquisición del derecho, juntas se presentan como concurso de causas que producen el efecto jurídico adquisitivo. No es pues una hipótesis normativa compleja o de formación sucesiva (adquisición más inscripción), sino la concurrencia de dos hechos jurídicos autónomos pero estrechamente vinculados⁴¹.

En resumen: nos encontramos en una hipótesis de conflicto que la ley resuelve, antes que sobre la base del hecho jurídico primario (adquisición del derecho), *per se* considerado, con referencia al hecho jurídico secundario. Por ende, se aplica siempre el principio *prior in tempore potior in iure*, pero no con referencia al acto de adquisición del derecho, sino con referencia al hecho jurídico secundario (publicidad)⁴².

3.3. Otros supuestos que no configuran una adquisición a *non domino*

En los casos de rescisión o resolución del contrato (último párrafo del Art. 1372 c.c), se deben distinguir dos situaciones: la primera, cuando antes de la rescisión o resolución se logra transferir el bien a un tercero; la segunda, cuando la transmisión se produce luego de la resolución o rescisión. En el primer caso, existe una adquisición *a domino* e inatacable por expresa disposición de la norma citada. En el segundo caso, en cambio, el transferente no ha transferido nada, pues ya no era propietario al momento de la transmisión, no le llegan los alcances de la norma citada; empero, si el adquirente logra reunir las condiciones y elementos de algunos de los supuestos de adquisición *a non domino*, su adquisición resultará inatacable, pero ya no en virtud del último párrafo del Art. 1372 c.c.

En el caso de la partición con preterición de algún sucesor, el Art. 865 c.c. ha dispuesto la nulidad del acto. En realidad este supuesto de nulidad especial es un “lunar” en el sistema de nulidades adoptado por el

adquisición del derecho, sino opera más bien, en coligamiento con esta, como criterio de prevalencia del título por primera vez transcrito”. (*Cit.*).

⁴¹ La hipótesis normativa primaria (*fattispecie* primaria – adquisición) y la hipótesis normativa (*fattispecie* secundaria – inscripción) están coligadas: “la segunda, más bien, no es autosuficiente, porque presupone la primera, al cual debe necesariamente apoyarse. La hipótesis normativa primaria es el presupuesto en base al cual aquella secundaria puede realizarse, y simultáneamente su objeto.” (ver: PUGLIATTI, Salvatore, *La Trascrizione, La Pubblicità in Generale, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volumen I, Tomo I, Milano, Giuffré, 1957, p. 419).

⁴² En este sentido: PUGLIATTI, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 455; MENGONI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 9.

Código Civil, no sólo porque declara la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, sino porque establece un mecanismo de inoponibilidad de la nulidad frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Por tanto, no es un supuesto de adquisición *a non domino*.

CAPÍTULO QUINTO

LA POSESIÓN, LA APARIENCIA Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*

Acabamos de desentrañar el fenómeno de las adquisiciones *a non domino*, de lo que se trata ahora es confirmar nuestros resultados analizando la aplicabilidad y la operatividad de la adquisición *a non domino* en nuestro ordenamiento jurídico, en el marco de la protección de la confianza de los terceros, que se materializa en una serie de elementos y circunstancias que se presentan en el intercambio y la circulación jurídica de los bienes. Para ello, proponemos una clasificación de las adquisiciones *a non domino* según elementos externos y objetivos como la posesión, la apariencia y la fe pública registral.

1. Adquisición *a non domino* en virtud de la posesión

La posesión ha sido por excelencia la forma típica de reconocibilidad social de las transmisiones de bienes¹. Ahora, sobre la posesión en sí misma considerada se han creado diversas teorías que no vienen al caso ser analizadas y designaremos a la posesión como lo hace el artículo 896 c.c. como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

¹ No sólo respecto de los terceros interesados, sino también en relación a las partes mismas, se ha hablado de la “exigencia de la reconocibilidad social de las transmisiones” inmobiliarias y mobiliarias por medio de la posesión (ver: BETTI, Emilio, *Crítica al Sistema de Transmisión de Inmuebles*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31, Caracas, 1965, p. 15). Esto, tal vez, se evidencia en el artículo 912 c.c. que presume como propietario al poseedor.

La posesión también puede ser definida también como el ejercicio de hecho de un derecho subjetivo que recae sobre una cosa susceptible de posesión real que, por lo general, corresponde al derecho de propiedad u otro derecho real de goce de cosa ajena como el usufructo, uso y habitación (evidentemente se excluye la hipoteca porque su titular carece de un poder de hecho respecto de la cosa); o también como el derecho de goce de naturaleza obligacional como el arrendamiento, comodato y demás formas de goce de cosa ajena que facultan al no titular del derecho de propiedad a ejercer la posesión; o, incluso, la posesión puede ser considerada como una situación de hecho en sentido estricto relevante jurídicamente e independiente (o contra) de la voluntad del titular del derecho de propiedad².

La posesión, en consecuencia, puede generarse de diversos modos previstos por la ley, y por ello compartimos la opinión de una autorizada doctrina³ cuando distingue entre **1) derecho de posesión** (*ius possessionis*) como posesión considerada en sí misma independiente de un título o fundamento para su ejercicio que puede corresponder a cualquiera; y **2) derecho a la posesión** (*ius possidendi*) como potestad de tener la posesión que siempre se fundamenta en un título y que sólo corresponde al titular del respectivo derecho.

Asimismo, la posesión puede adquirirse de dos modos⁴: originaria y derivativa⁵. El modo originario de adquisición es a través de la aprehensión si se trata de bienes muebles y por medio de la ocupación (o apropiación) si se trata de bienes inmuebles⁶. El modo derivativo de adquisición se da en virtud de la entrega o *traditio* de la cosa mueble o inmueble, o por medio de los

² Así: MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 202, quien señala que “el ejercicio del derecho puede tenerse también por parte del no titular; o porque el mismo titular autorice a otro para tal ejercicio (ejemplo, goce de la cosa por parte del arrendatario, por efecto de concesión por parte del propietario-arrendador); o porque el no titular ejercita de hecho el derecho ajeno, sin o contra la voluntad del titular: éste realiza el caso el estado de hecho, o del poder de hecho sobre la cosa, en contraposición a la situación de derecho o al poder de hecho y hecha abstracción de la existencia de un título jurídico; esto es, realiza un poder autónomo” (*Cit.*).

³ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 203.

⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero, Cuarta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1995, p. 601.

⁵ Así, se ha afirmado que “será originaria la adquisición de la posesión cuando se funde en el solo acto de voluntad unilateral del adquirente. La adquisición será, en cambio, derivativa cuando se produzca por una doble intervención activa del adquirente y del precedente poseedor y el fenómeno adquisitivo tenga su causa y su origen en la disposición de ese poseedor precedente”. (ver: DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 603).

⁶ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales*, Tomo I, Lima, Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., 1973, p. 141.

denominados sucedáneos de la posesión: el *constitutio posesorio* o la *traditio brevi manu*.

Ahora bien, en el caso específico de las adquisiciones *a non domino* sólo es relevante jurídicamente la posesión en virtud de un título que la justifique y que contenga un acto de disposición del bien consistente en la transmisión de la propiedad, un justo título. Así, la adquisición *a non domino* en virtud de la posesión vendría a configurarse siempre y en todos los casos como una posesión a título derivativo, siendo irrelevante que el título y el traspaso de la posesión del bien no provengan del verdadero propietario.

No puede existir, entonces, adquisición *a non domino* si no existe una adquisición derivativa de la posesión, y esta pasa por existir un título de adquisición, pero no cualquier título, sino sólo aquel que contenga la transferencia de la titularidad del derecho (que recae sobre bien mueble o inmueble). De manera que si el título de adquisición corresponde a un usufructo, arrendamiento o cualquier otro derecho que no importe la transferencia de la propiedad, no estaremos en el supuesto de adquisición *a non domino*⁷.

1.1. Adquisición *a non domino* sin intervalo de tiempo

La adquisición de bienes muebles *a non domino* mediante la posesión opera por medio de la tradición o entrega del bien en propiedad, siempre que el adquirente actúe de buena fe, salvo que se trate de un bien perdido o adquirido con infracción de la ley penal. Analicemos la norma.

1.1.1. Adquisición *a non domino* mediante la regla posesión equivale a título (Art. 948 c.c.)

El artículo 948 c.c. recoge la regla posesión equivale a título como un modo de adquisición originaria de la propiedad, condicionando su eficacia fundamentalmente a los requisitos de buena fe y posesión. Sin embargo, el ordenamiento jurídico dispone que circunstancias o elementos concomitantes deban darse para que la regla pueda operar, dado que los actos de disposición sobre patrimonio ajeno importan algunas veces no sólo conductas de carácter ilícito (civil), sino también delictivo (ilícito penal).

⁷ No obstante, se afirmó la posibilidad de constituir una hipoteca *a non domino* fundamentalmente sobre la base de la fe pública registral (Art. 2014 c.c.), ver al respecto: ORTEGA PIANA, Marco Antonio, *Aspecto Personal de las Garantías Hipotecaria y Prendaria Reguladas por el Código Civil y Posibilidad de Constitución A Non Domino*, en *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho, N° 33, Lima, 2002, p. 47 y sgtes.

a) Elementos constitutivos

La regla prevista en el artículo 948 c.c. – como veremos - es una regla de derecho de carácter sustancial que permite la adquisición de la propiedad mediante la posesión de buena fe, pero sólo justificado por un título idóneo (justo título) que contenga la transferencia de la propiedad, aunque el enajenante carezca de la titularidad del derecho o del poder para disponer de él.

Nuestro ordenamiento jurídico exige que toda posesión que se califique de buena fe se sustente en un título, pues toda posesión ilegítima de buena fe presupone en todos los casos un título que la justifique⁸. Ello quiere decir que lo absolutamente relevante es que la posesión ilegítima, para que pueda calificarse de buena fe, supone siempre un título (sea inválido o ineficaz, o con la fórmula más amplia contrario a derecho, o por lo menos un título putativo⁹). Si carece de título que justifique su posesión entonces el poseedor será considerado necesariamente de mala fe porque, “no es lógicamente posible concebir un poseedor de buena fe que sepa que no cuenta con algún título: este no puede ser más que un ladrón o un inventor”¹⁰.

El Código civil de 1984 se acerca a lo que se ha denominado en doctrina la concepción absoluta de la buena fe posesoria que integra la buena fe con el elemento del título¹¹. Vale decir, si el adquirente poseedor desconoce según el criterio de la buena fe en sentido subjetivo que quien le transmite la posesión carece de la titularidad del derecho, por ejemplo, debe calificársele como poseedor de buena fe, siempre y cuando venga sustentado en un título.

⁸ **Artículo 913 del Código civil.**- La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.

⁹ Son títulos putativos: “si se concede la posesión a base de un testamento que después aparece revocado; el que señala erróneamente un lote de urbanización, cuando en realidad es otro lote; cuando se entre en posesión de un bien que no estaba comprendido dentro de una masa hereditaria a la que se tiene derecho a poseer” (ver: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales*, Tomo I, Lima, Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., 1973, p. 368), es decir, son títulos putativos “porque sólo el poseedor cree en su existencia” (Op. Cit. p. 367).

¹⁰ MENGONI, Luigi, *L'Acquisto “a non domino”*, Milano, Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1949, p. 208.

¹¹ MENGONI, Luigi. *Gli Acquisti “a non domino”*, Terza edizione, Milano, Giuffrè, 1975, p.327, texto y pie de página 37. La concepción relativa, en cambio, configura “la buena fe posesoria independiente del título” donde “perjudica al poseedor solo el conocimiento de la falta de titularidad en el transferente (*non dominus*).

El desconocimiento de la cualidad del título, es decir, la ignorancia o el error de adquirir la posesión mediante título ineficaz hace surgir la creencia en el poseedor de la legitimidad de la *iusta causa possessionis* (del título). Entonces, el poseedor del bien será reputado de buena fe cuando ostenta un título desconociendo su proveniencia de un no titular, precisamente por caer en ignorancia o error, que hace nacer en él la convicción de adquirir la propiedad y, por ende, poseer legítimamente.

La cuestión del título entonces importa una evolución en la regla dado que la posesión no viene más a cumplir aquel papel de considerar propietario en sentido sustancial a aquella persona que sólo ostentaba la posesión recibida de buena fe¹², sino que ahora es requisito indispensable un título que la justifique.

Podemos concluir entonces que en el Código Civil peruano la adquisición *a non domino* de bienes muebles no registrados mediante la regla posesión equivale a título, exige como elemento constitutivo el título o justo título aunque expresamente no sea requerido por la norma, por una sencilla razón: nuestra normativa civil sólo reconoce la buena fe posesoria cuando se fundamente en un título, de manera que si faltase no sería posible considerar la posesión de buena fe y, por consiguiente, no habría lugar a una adquisición *a non domino*.

Ahora bien, en cuanto a la posesión misma a que se refiere el artículo 948 c.c. ("recibir de otro la posesión") debe tratarse siempre de un acto de posesión directa de parte del adquirente, vale decir, debe tratarse siempre de un poseedor inmediato. La razón de la norma viene dado por el verbo "recibir", lo que necesariamente implica que para que el tercero se beneficie de los efectos de la regla es indispensable que se produzca la entrega material del bien mueble a su favor. Así, se podrá adquirir la propiedad tanto si se tratase de una tradición real (entrega material) como de una tradición ficta (*traditio brevi manu*). Esto debido principalmente a que la toma de posesión debe ser considerada independientemente de su forma de adquisición derivada en virtud de la tradición real o ficta, pues lo que interesa es que el adquirente reciba la posesión como propietario y como poseedor inmediato. Por tal razón, debe excluirse la posesión mediata del alcance de la norma y, en consecuencia, también la tradición ficta denominada *constitutio posesorio* toda vez que el adquirente del derecho de propiedad no deviene en poseedor inmediato y estaría fuera del alcance de la norma¹³.

¹² Era una de las interpretaciones que daba la doctrina francesa: ver: SALEILLES, Raymond, *La Posesión de Bienes Muebles, Estudios de Derecho Alemán y de Derecho Francés*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1927, p. 124 y sgtes.

¹³ Así: MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti "a non domino"*, *Cit.*, p. 129, quien considera "insuficiente la entrega en la forma espiritualizada del "constituto posesorio", o sea de un

Por otro lado, se ha pretendido recientemente en nuestro medio señalar que la posesión puede generar una situación de apariencia¹⁴. Contra esta tesis sólo podemos decir que la posesión en cuanto situación de hecho por sí misma no es índice de alguna titularidad específica o de alguna situación jurídica, dado que la posesión no tiene la fuerza suficiente para suministrar un dato cierto, pues puede tener por fundamento la mera tenencia, la propiedad, algún derecho real de goce, algún derecho personal de goce, o inclusive un despojo.

Por ende, resulta equívoca la calificación jurídica de la posesión como una situación de apariencia¹⁵. De manera que podemos afirmar que la apariencia no es elemento material de la regla posesión equivale a título. La invocación de la apariencia sólo tendría base como argumento de defensa en sede judicial ante el cuestionamiento de la adquisición de la propiedad por medio de la posesión de buena fe, mas no como elemento configurador de la regla.

En efecto, podemos afirmar que no es requisito indispensable de la regla posesión equivale a título la posesión efectiva del bien o bienes de parte del *non dominus* antes de la transferencia del bien mueble para la eficacia del artículo 948, pues la buena fe es necesaria sólo al momento de la tradición o entrega (el Código habla de recibir) del bien, y por consiguiente no requiere la posesión previa de parte del transferente.

pacto en virtud del cual el enajenante se constituye detentador - poseedor – por cuenta del adquirente.”; SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele, *Il Possesso*, Milano, Giuffré, 2000, P.484. En nuestro medio: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*, Lima, Jurista Editores, 2005, Nota al pie 1568. P. 734.

¹⁴ Así: GONZALES BARRON, Gunter, *Op. Cit.*, p. 739 y sgtes, quien señala que “la posesión como relación fáctica genera una apariencia, la cual por sí sola no es decisiva para producir el efecto adquisitivo, pero que unida a otros requisitos puede dar lugar a una apariencia” (*Cit.*). Esta postura equivocadamente integra la apariencia con otros elementos como la buena fe o la diligencia, cuando en realidad la apariencia es un elemento diverso y autónomo pero que necesita coexistir con otros elementos previstos en una hipótesis normativa compleja , a efectos de tutelar la confianza de los terceros. Sin embargo, en el caso específico del artículo 948 no hay lugar a la apariencia como elemento de la hipótesis normativa.

¹⁵ En este sentido: FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Terza Edizione accresciuta, Milano, Giuffré, 1985, p. 106 y sgtes, quien señala que “no pueden dar por tanto lugar a hipótesis de apariencia aquellos hechos que son caracterizados por una estructura opaca y que por eso no están en grado de señalar algo fuera de la propia existencia”; MENGONI, Luigi, *L’acquisto “a non domino”*, *Cit.*, p. 136, quien afirma que “lo que caracteriza la posesión no es la apariencia de derecho”; SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele, *Op. Cit.*, p. 44, quienes categóricamente afirman que “no hay correspondencia recíproca entre posesión y apariencia de propiedad. La correspondencia es sólo unilateral y tendencial”.

Evidentemente la diligencia juega un papel importante al momento de procurarse información acerca de la titularidad del transferente. Sin embargo, la posesión que eventualmente pueda tener el transferente no es un requisito *sine qua non* del artículo 948, ya que precisamente la posesión por sí misma no es índice de apariencia. Siendo así, la presunción de propiedad del *non dominus* poseedor no tiene relevancia a efectos del artículo 948, toda vez que dicha presunción opera fundamentalmente como mecanismo de protección de la posesión misma en sede judicial y específicamente en cuanto a la carga de la prueba, pero para otro tipo de situaciones, vale decir, la presunción es una disposición de orden procesal, distinta del plano de adquisición de derechos que es de orden sustantivo.

b) Análisis de la excepción a la regla.

Ahora bien, la última parte de la norma en mención señala que “se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”. Si analizamos entonces la excepción a la regla tenemos que no pueden adquirirse conforme al artículo 948° del Código Civil:

- Los bienes perdidos.
- Los bienes adquiridos con infracción de la ley penal.

¿Qué se debe entender por bienes perdidos o adquiridos con infracción de la ley penal? Los bienes perdidos son aquellos que se encuentran fuera de la esfera de actuación o de ejercicio por parte de su titular, sin haberlo abandonado o haber renunciado a él, sea por una causa no imputable a su titular debido a hecho fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o incluso del propio titular (descuido o negligencia)¹⁶. En consecuencia, los bienes perdidos se encontrarían fuera del alcance del artículo 948 c.c.

Los bienes adquiridos con infracción de la ley penal ¿serán todos aquellos que el vendedor los haya adquirido cometiendo cualquier ilícito penal? En este punto, el ilustre jurista peruano Jorge Eugenio Castañeda opinaba, comentando el artículo 890 del Código Civil de 1936, “que esta es una forma de expresión demasiado amplia, que sólo deberá limitarse a los bienes muebles robados, hurtados o perdidos. De lo contrario, la enunciación contenida en el primer párrafo del art. 890 carecería de fin práctico”¹⁷. En

¹⁶ En efecto, el titular se ve impedido de ejercer su derecho sólo por esta situación de hecho, lo que para nada se puede comparar a una renuncia o a un abandono del mismo

¹⁷ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Op. Cit.*, p. 273. Hay que tener en cuenta que cuando el maestro sanmarquino comentó esta norma regía el Código Civil de 1936, cuyo artículo 890, muy parecido al del artículo 890° del actual Código, señalaba: “Aquél que de buena

consecuencia, de acuerdo a esta interpretación, la excepción a la regla posesión equivale a título se circunscribiría a dos tipos penales: robo y hurto. Sin embargo, no entendemos, si se sigue esta lógica, por qué no incluir también el delito de apropiación ilícita¹⁸, como supuestos que encajen dentro de la frase “adquiridos con infracción de la ley penal”, toda vez que desde que existe la obligación de devolver un bien y no se restituye, incurre también en “infracción de la ley penal”.

En este orden de ideas, habría que preguntarse si quien adquiere un bien de una persona que lo robó o hurtó, lo adquiere infringiendo también una ley penal. El delito de estelionato es un tipo penal previsto y sancionado con pena de privativa de la libertad sólo para aquel que “vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos”, es decir, el agente que comete el ilícito penal es única y exclusivamente el vendedor. El tipo penal en esta figura delictiva no hace referencia al comprador, sino sólo al vendedor, quien es la persona que realiza el conducta punible. Si esto es así, podemos responder que la persona que adquiere un bien mueble de una persona que lo robó y hurto no comete el tipo penal denominado delito de estelionato y, por consiguiente, su propio actuar resultaría lícito.

¿Cuándo cometerá delito el comprador? El tipo penal para aquella persona que adquiere un bien que conoció o debió presumir que provenía de un robo o hurto (en realidad el tipo dice bien de procedencia delictuosa) se denomina receptación¹⁹. En este caso, vemos claramente que la adquisición del bien por parte del comprador se hizo cometiendo un ilícito penal. En este caso, no sólo el vendedor realiza el tipo penal, sino también el comprador lo

fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aún cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los muebles objeto de las ventas a plazos que autoriza la ley de la materia, y los regidos por el Código Penal y otras leyes especiales.”

¹⁸ La doctrina comúnmente excluye de las proveniencias delictuosas de cosa mueble a los casos de apropiación ilícita, pues según se dice, se justificaría en un criterio de autorresponsabilidad, en la medida que el propietario debe soportar el riesgo de la infidelidad de aquel a quien confió la cosa (la lógica del riesgo); pero en realidad esto se justificaba en una sociedad donde el propietario podía dominar o controlar el riesgo. En efecto, esta interpretación no tiene en cuenta la complejidad actual de la sociedad moderna, donde el principio de división del trabajo impone muchas veces la necesidad de confiar nuestras cosas a personas completamente extrañas (grandes depósitos), sin posibilidad de medir el riesgo.

¹⁹ **Artículo 194 (Código Penal).**- El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y, con treinta a noventa días-multa.

que traería como consecuencia la nulidad de compraventa por contener un fin ilícito.

En consecuencia, cuando el comprador adquiere un bien mueble cometiendo el delito de receptación, la adquisición prevista en el artículo 948° no produce ningún efecto jurídico, pero no en aplicación de la excepción, sino por la ilicitud del contrato. La misma consecuencia debería producirse si quien compra sabe que el vendedor es un depositario infiel, pues la lógica del riesgo cae por el actuar doloso del comprador.

¿Qué ocurre entonces si el comprador actuó diligentemente y de buena fe al momento de adquirir un bien robado? Es decir, ¿qué ocurre si sólo la parte vendedora infringe una norma penal y la parte compradora confió justificadamente en la regularidad del acto? La respuesta de la mayoría de la doctrina es que el adquirente no adquiere nada y el propietario tiene expedito su derecho a reivindicar el bien de quien lo posea. Y esto al parecer es la respuesta que está prevista en la norma. Pero ¿qué sucede si este comprador de buena fe a su vez transfiere a otro la propiedad del bien mueble? Ahora como vendedor no cometería ningún delito pues es de buena fe, sin embargo, ¿también se incurre en la excepción a la regla a pesar que el objeto, el bien, sigue siendo un bien robado?

La interpretación dominante en nuestro medio señala que la excepción de “bienes adquiridos con infracción de la ley penal” de la regla posesión equivale a título sólo incluye únicamente a las cosas hurtadas y robadas, es decir, “aquellas despojadas por medio de un acto delictivo, y sin contar con la voluntad del propietario”²⁰. Para fundamentar esta posición se recurre fundamentalmente a un argumento histórico toda vez que se señala que en “el derecho germánico, en donde surge esta figura, la regla de la adquisición inmediata de la propiedad de cosas muebles, aunque el enajenante no fuese el titular, se excluía únicamente a las cosas robadas y perdidas. Por tanto, si el Art. 948 c.c. se inspira en dicha regla, es lógico suponer que su configuración actual respete su fisonomía tradicional, salvo declaración explícita en contrario”²¹.

No obstante, creemos que la apelación al argumento histórico no es determinante ni decisiva. Así, una autorizada doctrina ha afirmado que “el argumento histórico (llamado también, a veces, “presunción de continuidad del sistema jurídico” – o también, especialmente en tiempos recientes, “hipótesis del legislador conservador”) es el argumento por el cual, dado un enunciado normativo, a falta de indicación contraria expresa, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente venía atribuido al

²⁰ GONZALES BARRON, Gunther, *Op. Cit.*, nota al pie 1570, p. 734.

²¹ GONZALES BARRON, Gunther, *Op. Cit.*

precedente y preexistente enunciado normativo que disciplinaba la misma materia en la misma organización jurídica, o el mismo significado normativo que tradicionalmente venía atribuido al enunciado normativo contenido en un documento arquetípico de otra organización (por ejemplo, atribuir a un artículo del código vigente el significado tradicionalmente atribuido al artículo correspondiente del código francés de 1804)”²². Debido a su función destinada a conservar la disciplina jurídica y de rechazar cualquier innovación de nuevos significados normativos (interpretaciones), el argumento histórico ha sido calificado y clasificado como un “argumento tendencialmente conservador”²³.

En tal sentido, la interpretación y aplicación del derecho vigente no puede dejar de considerar las necesidades suscitadas por los cambios sociales, es decir, el derecho debe pues tratar de adaptarse a los cambios histórico-sociales. Es necesario entender entonces que si, por un lado, el derecho pretende ser estable, pero, por otra parte, no puede permanecer invariable, sino que, por el contrario, debe ir cambiado al compás de las nuevas circunstancias y necesidades. Vale decir, “el hecho que los hombres al producir Derecho tratan de dar certeza y seguridad a determinadas relaciones interhumanas; y el hecho de que a pesar de que el orden jurídico tiene un función estabilizadora de determinadas relaciones sociales, sin embargo, no puede sustraerse a las necesidades de cambio, suscitadas por el cambio social, por el nacimiento de nuevas necesidades, por la modificación de antiguos menesteres, por la aparición de nuevas circunstancias”²⁴.

Por consiguiente, se hace necesario precisamente un nuevo enfoque sobre la protección prevista en el artículo 948 c.c. a los terceros adquirentes, y consideramos que la interpretación tradicional debe ser revisada y adecuada a las nuevas necesidades y circunstancias a efectos de distinguir razonable y claramente a quién se debe proteger y a quién no, sobre la base de una reconstrucción interpretativa de la regla posesión equivale a título. Tal reconstrucción interpretativa debe partir de una premisa fundamental: se debe distinguir dos momentos entre la primera adquisición (de la posesión) del bien mueble cuyo transferente lo había adquirido “con” infracción de la ley penal (mediante robo o hurto) y la segunda adquisición y/o las subsiguientes adquisiciones. Veamos.

Primus hurta o roba un bien mueble (propiedad de *Quartus*) que se lo vende a *Secundus* haciéndole entrega del bien y éste la recibe de buena

²² TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della Legge*, Milano, Giuffré, 1980, p. 367-368.

²³ TARELLO, Giovanni, *Op. Cit.*, p. 395.

²⁴ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, México, Editorial Porrúa, 1973, p. 591.

fe. Luego, *Secundus* transfiere el mismo bien mueble a *Tercius* quien también la recibe de buena fe. La norma establece que se exceptúan del artículo 948 los bienes los adquiridos “con” infracción de la ley penal, de lo que se puede deducir que el primer adquirente (*Secundus*) no viene tutelado por la norma, aunque obrase de buena fe. Sin embargo, ¿las subsiguientes adquisiciones por terceros de buena fe entrarían dentro de la excepción? La respuesta, a nuestro juicio, es negativa. En este último caso se debe dar una interpretación restrictiva, en el sentido de que la excepción prevista en la norma debe aplicarse sólo a los adquirentes inmediatos (poseedor-transferente-*non dominus*, tercero adquirente), pero no a los adquirentes mediatos o subadquirentes (tercero adquirente inmediato – tercero subadquirente mediatos) que han obrado de buena fe. Pero ¿por qué? porque *Secundus* no adquirió la cosa “con” infracción de la ley penal. Sólo adquiere la cosa “con” infracción de la ley penal el ladrón, pero no una persona que actúa de buena fe, esto es, no infringe la ley penal aquella persona que toma de posesión de un bien que la ley califica como posesión ilegítima de buena fe (Art. 906 c.c.).

En este orden de ideas, *Tercius* debería ser tutelado conforme a la regla posesión equivale a título toda vez que *Secundus* lo ha adquirido “sin” infracción de la ley penal” (no ha despojado a nadie de su propiedad, como sí lo hizo *Primus*, ni ha cometido ilícito penal alguno) gozando de una posesión ilegítima de buena fe. En consecuencia, la excepción sólo debería ser aplicable a las adquisiciones inmediatas (primeras adquisiciones), es decir, del ladrón a un tercero adquirente, pero no sería aplicable a las adquisiciones mediatas (segundas adquisiciones), es decir, del tercero adquirente a un tercero subadquirente.

1.2. Adquisición a *non domino* con intervalo de tiempo

La usucapión abreviada corresponde a lo que la doctrina denomina modo de adquisición de formación sucesiva, vale decir, no despliega su consecuencia jurídica típica hasta que no se haya realizado todos los elementos de la hipótesis normativa²⁵.

²⁵ Se ha dicho con razón que “la fattispecie abstracta o legislativa puede prever - necesariamente o facultativamente - que los singulares elementos de la fattispecie concreta se realicen en momentos sucesivos. Cuando una fattispecie se realiza con esta modalidad, se habla de fattispecie de formación sucesiva. (...) hasta que el elemento faltante pueda todavía realizarse, no se tiene un impedimento a la eficacia, es decir, a la producción del efecto, sino una momentánea inidoneidad, no estando aún completa la fattispecie” (ver: RUBINO, Doménico, *La Fattispecie e Gli Effetti Giuridici Preliminari*, Milano, Giuffré, 1939, p. 87-88)

1.2.1. Adquisición *a non domino* mediante la usucapión abreviada (Art. 950 y 951 c.c.)

Esta forma de adquirir la propiedad, a diferencia de la usucapión larga, se configura como una adquisición *a non domino* toda vez que requiere de un justo título, es decir, de un título idóneo para transferir la propiedad que cumpla con todos los requisitos de validez que debe reunir un negocio jurídico, pero que adolece de una presupuesto de eficacia consistente en la falta de titularidad del transferente del bien objeto de disposición. No obstante, para usucapir un determinado bien no basta el justo título, es necesario que se realicen o se verifiquen todos los elementos que contiene y describe la norma. Veamos.

Justo título.- Es justo título es el título idóneo abstractamente para transferir la propiedad, pero que en concreto no lo transfiere por carecer de un presupuesto de eficacia: falta de titularidad o ausencia de facultad o poder disposición del enajenante. Debe tratarse de un título no incurso en alguna causal de nulidad. La eventual causa de anulabilidad sólo adquiere relevancia si viene sucesivamente declarada judicialmente, de manera que un justo título anulable es apto para lograr la prescripción adquisitiva, siempre y cuando no venga posteriormente anulado.

a) Animus Domini.- Solo puede manifestarse a través de comportamientos que implican conducirse como dueño, no reconociendo en otro la propiedad. Como bien se ha dicho “el “concepto” en el que se posee, no tiene nada que ver con el conjunto de creencias, de ideas o de representaciones mentales que el poseedor pueda tener acerca de la justificación y de la validez de su posesión. Poseer en concepto de dueño no es poseer creyéndose dueño”²⁶. En realidad la creencia sólo determina la buena o mala fe del poseedor. Por ello, “un poseedor en concepto de dueño será una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales, de los cuales puede objetivamente inducirse que se considera y que es considerada por los demás como efectivo dueño de la misma”²⁷.

En consecuencia, para que exista en sentido estricto una posesión en concepto de dueño será siempre necesario que se haya adquirido la posesión como propietario y que se ejerza la posesión como propietario, esto es, “para determinar si una posesión es o no en concepto de dueño habrá que atender al título o causa determinante de la posesión y el posterior modo de ejercicio de ésta”²⁸.

²⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 563-564.

²⁷ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 564.

²⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 718.

b) Buena fe.- La buena fe consiste en la ignorancia o error de poseer en virtud de un título ineficaz (no nulo) proveniente de un *non dominus*. Sin embargo, la buena fe para que sea amparada requiere que sea justificada sobre la base del juicio de la diligencia que debe recaer, fundamentalmente, sobre la averiguación y constatación de la titularidad de su transferente. Vale decir, no basta la mera ignorancia o error (que es el contenido de la buena fe en sentido subjetivo).

Sobre el momento para valorar la buena fe, nuestro ordenamiento jurídico ha recibido la influencia canónica y, por ende, la posesión será de buena fe mientras dure esa creencia honesta, es decir, no es suficiente que en la fase inicial de la posesión (cuando se adquiere o recibe la posesión) se actúe de buena fe, es necesario que la buena fe se mantenga y perdure hasta que se cumpla el transcurso del tiempo previsto por la norma para que opere la usucapión abreviada. De manera que, si iniciada la posesión de buena fe, y antes del transcurso del término legal, el poseedor llega a conocer que posee ilegítimamente²⁹, la posesión ya no será de buena fe y, por consiguiente, la usucapión abreviada vendrá a menos. En este caso, sólo podría usucapir el poseedor mediante la usucapión larga.

Empero, si el poseedor conociera que poseyó ilegítimamente, pero ya había transcurrido el término requerido para la usucapión, es decir, si se cumplió el plazo previsto por la norma, el posterior y eventual conocimiento del poseedor de la proveniencia del propio título por el *non dominus* será irrelevante, porque el poseedor ya habrá adquirido la propiedad del bien por prescripción adquisitiva³⁰.

c) Posesión continua, pacífica y pública.- La posesión continua significa mantener en forma constante el control sobre el bien, por lo menos de modo potencial, sin que los terceros interfieran sobre él. En efecto, si partimos de una autorizada doctrina que señala que son tres los elementos esenciales del poder de hecho (la posesión)³¹: 1) la abstención de los terceros; 2) la injerencia efectiva del sujeto en la fase inicial de la posesión; y 3) la injerencia potencial del sujeto en la fase sucesiva; podemos advertir que se puede conservar la posesión con tal que se exista la mera posibilidad de injerencia sobre el bien.

²⁹ **Artículo 907 del Código civil.-** La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.

³⁰ La sentencia judicial que declara la prescripción adquisitiva tiene el carácter de declarativo, dado que sólo reconoce una situación de hecho ya convertida en derecho: adquisición de la propiedad.

³¹ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele, Op. Cit., p. 76.

Así, una vez adquirida la posesión del bien en la fase inicial, no es imprescindible la injerencia permanente o asidua sobre el bien, bastaría solo la posibilidad de tomar injerencia y la abstención de los terceros. El ejemplo típico que se pone en estos casos, es la casa de campo o la casa de playa que sólo por temporada se ejerce normalmente la posesión del bien.

La posesión pacífica debe darse desde la fase inicial de la posesión en la usucapión abreviada, toda vez que de haberse iniciado por la violencia (usurpación) excluiría cualquier pretendida buena fe que es un requisito indispensable para usucapir en corto plazo. Por ende, la posesión debe ser pacífica *ab initio*, de no serlo, sólo podría adquirirse la propiedad mediante la prescripción adquisitiva larga y una vez que haya cesado la violencia.

Asimismo, la posesión debe ser pública en el sentido de que debe manifestarse socialmente, es decir, no puede tratarse de una posesión clandestina u oculta. Por tanto, se excluyen³²: a) el contacto físico oculto (cuando un invasor se limita a provechar individualmente el bien sin realizar actos externos socialmente visibles); b) el contacto físico tolerado (se permite a un tercero contactos físicos esporádicos o de poca significación sobre el bien); y c) posesión en concepto de dueño no-manifestado (el arrendatario que posee un inmueble, pero que en su fuero interno quiere o piensa poseer como dueño).

d) Transcurso del tiempo.- La usucapión abreviada exige que el poseedor posea por todo el tiempo requerido por la ley y que el propietario o titular del derecho no lo reclame durante todo ese tiempo. De manera que “si el poseedor pierde la posesión, o el propietario reclama el bien, entonces queda interrumpida la usucapión”³³.

Una autorizada doctrina³⁴, bajo la vigencia del Código civil derogado, distingue la interrupción natural de la interrupción civil. La primera se presenta si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, y no la recupera dentro de un año, o si por sentencia se le restituye. La segunda se produce con la citación de la demanda de reivindicación.

Por la interrupción el periodo anterior a ella que se hubiere cumplido queda definitivamente inutilizado, es decir, queda sin efecto. Pero una vez desaparecida la causal de interrupción, el término de la usucapión se reanuda y deberá estimarse como si recién hubiera comenzado.

³² GONZALES BARRON, Gunther, *Op. Cit.*, p. 671.

³³ GONZALES BARRON, Gunther, *Op. Cit.*, p. 679.

³⁴ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales, Cit.*, p. 440-441.

1.2.1.1. Usucapión abreviada de bienes inmuebles

La usucapión abreviada o breve es una de las hipótesis legales en el que un tercero puede adquirir *a non domino* la propiedad inmueble.

En este supuesto se observa que el acto de transferencia del *non dominus* está contenido en el justo título, pero para que logre adquirir efectos jurídicos se requiere la concurrencia de otros elementos no menos importantes como la buena fe, posesión cualificada (continua, pacífica, pública y en concepto de dueño) y el transcurso de cinco años (Art. 950, segundo párrafo). Toda vez que la adquisición no tiene como fundamento el acto de disposición del *non dominus* y se produce un desconocimiento del derecho del verdadero titular al operar la usucapión abreviada, se genera lo que se conoce una adquisición a título originario.

Además, la usucapión abreviada se distingue de otras formas de adquisiciones de la propiedad por ser un supuesto de hecho de formación progresiva, esto es, “comporta un fraccionamiento de la eficacia en el tiempo, donde solo surgirán efectos preliminares, mientras los efectos típicos tendrán un tiempo diferido, en espera de circunstancias que completen la hipótesis normativa”³⁵. El efecto preliminar estaría configurado por la tutela posesoria y el efecto típico será la adquisición de la propiedad.

Sin embargo, no todos los bienes inmuebles pueden ser objeto de prescripción adquisitiva de dominio, pues se encuentran excluidos no sólo los bienes de dominio público del Estado (artículo 73 de la Constitución Política), sino que ahora también están excluidos los bienes de dominio privado del Estado (artículo 2 de la Ley N° 29618)³⁶. En efecto, mediante Ley N° 29618 de fecha 10 de noviembre del 2010, se ha declarado “la imprescriptibilidad de

³⁵ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 578.

³⁶ Según el artículo 2.2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA), se entenderán por:

“a) Bienes de dominio público: Aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos, y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley.

b) Bienes de dominio privado del Estado.- Aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.”

los bienes inmuebles de dominio privado estatal”. De manera que si antes existían diferencias esenciales entre bienes de dominio público y de dominio privado, en cuanto los primeros eran de carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles y los segundos no; ahora, en cambio, ambos bienes comparten el carácter de la imprescriptibilidad. En consecuencia, se puede decir que los bienes del Estado en general (de dominio público y de dominio privado) no son objeto de adquisición por parte de los particulares mediante la usucapión tanto en su modalidad de abreviada o larga.

1.2.1.2. Usucapión abreviada de bienes muebles

La usucapión abreviada de bienes muebles, al parecer, no requiere como elemento constitutivo el justo título. La última parte del artículo 951 c.c. señala sólo a la buena fe como el elemento de la norma que hace prolongar menos el tiempo a afectos de que verifique la prescripción adquisitiva. Esto es correcto dentro de ciertos límites. Sin embargo, debemos señalar que si bien la norma no exige expresamente el justo título, debe existir, por lo menos un título que transfiera la propiedad y que justifique la posesión.

Recordemos que el justo título no sólo es aquel que abstractamente es idóneo para transmitir la propiedad, sino que es también un título válido, no incurso en causal de nulidad según nuestra normativa civil. Sin embargo, la buena fe en este caso no correspondería necesariamente a un justo título, puesto que el título puede estar viciado, pues lo esencial es que se trate de un título que transfiera la propiedad, siendo irrelevante la eventual causa de nulidad o de anulabilidad (salvo declaración judicial de invalidez). Ello debido que el justo título no es elemento integrante de la norma y, en cambio, sí lo es la buena fe.

La relevancia del título puede concernir a la fecha cierta a efectos del cómputo del plazo de prescripción, pero no a efectos de calificarse como justo título. Éste puede presentarse como no, pero no es requisito de la usucapión abreviada mobiliaria.

De modo que consideramos que deben incluirse los títulos viciados *a domino* dentro del alcance de la norma, es decir, el título formado entre el verdadero titular y el adquirente, pero que adolece de un vicio de nulidad y/o de anulabilidad. En estos casos, creemos que es operativa la usucapión mobiliaria siempre y cuando el adquirente sea de buena fe consistente, esta vez, en la ignorancia o desconocimiento del vicio del propio título de

adquisición³⁷. Sin embargo, debemos señalar que esto ya no correspondería a una supuesto de adquisición *a non domino* dado que el título, aunque viciado, proviene del verdadero propietario, esto es, es un título *a domino*.

Finalmente, en todos los casos en que no opere la adquisición mediante la posesión de buena fe según la regla posesión equivale a título, se adquirirá la propiedad del bien mueble mediante la usucapión abreviada durante dos años si es de buena fe y si además concurren los demás requisitos concernientes a la posesión cualificada.

1.2.2. La usucapión abreviada *contra tabulas* o contra el titular registral

Sobre este punto, debemos señalar que en nuestro sistema jurídico la prescripción adquisitiva abreviada no puede ser aplicada para adquirir bienes registrados, por una sencilla razón: la norma exige la buena fe del tercero adquirente, esto es, la ignorancia o desconocimiento de que la transferencia es realizada por un *non dominus*. Pero si el bien estuviese registrado tal ignorancia no sería válida ni tendría relevancia puesto que el artículo 2012 c.c. prevé una presunción *iuris et de iure* del conocimiento del contenido de las inscripciones, lo que conllevaría a desvirtuar una pretendida buena fe (aunque de hecho existiese) y, en consecuencia, cualquier adquisición contra un titular registral se volvería prácticamente inoperante.

Siendo así, la única forma de adquirir mediante usucapión contra el titular registral legalmente, sería entonces mediante prescripción adquisitiva larga. Esto lo confirma el segundo párrafo del artículo 952 c.c. que señala expresamente que “la sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”.

No obstante, se ha afirmado que puede darse una usucapión abreviada *contra tabulas* en el caso de existencia de lagunas en las transmisiones³⁸ que no han sido sucesivamente inscritas según el tracto sucesivo, es decir, cuando los defectos de tracto sucesivo pueden subsanarse perfectamente a través de la usucapión abreviada, sin importar que el titular registral sea otro³⁹.

³⁷ Así, aunque bajo la vigencia del Código civil italiano de 1865: MONTEL, Alberto, *Acquisto in Forza di Titolo Viziato “A Domino” e Possesso di Buona Fede*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte prima, Volume XXXII, Milano, Cedam, 1934, p. 863.

³⁸ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Op. Cit.*, p. 517.

³⁹ GONZALES BARRON, Gunther, *Op. Cit.*, p. 689.

Pero debe quedar claro que en ambos casos (usucapión larga y usucapión abreviada NO proveniente del *non dominus*), no se produce una adquisición *a non domino* por no existir aquel elemento típico y constante: el acto de disposición de un no titular, necesario para que pueda perfeccionarse uno de los supuestos típicos que configura esta peculiar forma de adquisición aquí estudiada.

2. Adquisición a non domino en virtud de la apariencia

Se ha afirmado sobre la base del Código Civil italiano, pero aplicable hasta cierto punto a nuestro problema, que “en las hipótesis normativas de adquisición *a non domino* extrañas a la institución de la posesión, el requisito de la buena fe no se concreta simplemente en la genérica ignorancia de la falta de titularidad del alienante, sino implica la ignorancia de la inexistencia o de la invalidez *de un determinado título* del cual aparece investido el mismo alienante: ignorancia de la inexistencia del título hereditario exaltado por el heredero aparente (art. 534), ignorancia de la simulación del título vendido como cierto por el testamento (art. 1445)”⁴⁰.

Sin embargo, veremos que los supuestos de adquisición *a non domino* en virtud de la apariencia no excluye a la posesión como elemento esencial a tener en cuenta a efectos de producirse la eficacia adquisitiva, sino que al contrario lo reafirma. Esto lo veremos sobre todo en el caso del heredero aparente de bienes no registrados.

2.1. Adquisición a non domino del heredero aparente

Si hacemos una interpretación a *contrario sensu* del primer párrafo del artículo 665 c.c.⁴¹, podremos advertir cuales son los elementos constitutivos del supuesto de hecho previsto en la norma que produce eficazmente la adquisición *a non domino* del tercero adquirente del heredero aparente: a) la buena fe del tercero; b) contrato a título oneroso, c) apariencia hereditaria; y d) posesión de bienes hereditarios⁴².

⁴⁰ MENGONI, Luigi. Acquisto “a non domino”, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008, p. 166.

⁴¹ **Artículo 665 del Código civil.**- la acción reivindicatoria no procede contra el tercero que, con buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.

⁴² Demostraré en las siguientes líneas que este elemento no es aplicable a todos los casos, sino sólo a los bienes muebles e inmuebles no inscritos.

La buena fe debe subsistir al momento de la adquisición o formación del título de adquisición. La buena fe al que se refiere la norma es la buena fe en sentido subjetivo, es decir, aquella “actitud de la conciencia, que es objeto de una interpretación psicológica, actitud que consiste en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el derecho”, pero más concretamente “la buena fe aparece como creencia en la apariencia de una relación cualificante que legitima a la contraparte, es decir, a aquel con el que se está en relación, para disponer del derecho de que se trate en relación con el negocio en cuestión”⁴³.

La buena fe requerida es pues un estado de conciencia en que se encuentra el tercero adquirente al momento de la formación del título. Sin embargo, se debe precisar que el simple hecho de haber omitido las indagaciones necesarias que corresponde a una normal diligencia y que fácilmente habrían conducido a descubrir la verdad, constituiría culpa el mismo que puede ser equiparado a la mala fe. Asimismo, la protección de la confianza puede ser restringida equiparando la duda a la mala fe, dependiendo de la valoración del caso concreto.

Ahora bien, no todo tipo de contrato es considerado por la norma, sino sólo serán relevantes los contratos a título oneroso, quedando excluidos entonces aquellos a título gratuito. Su fundamento se encontraría al parecer en el principio por el cual *qui certat de danno vitando* se debe preferir a *qui certat de lucro captando*, esto es, el adquirente a título oneroso tendría un daño mayor, mientras aquel a título gratuito perdería solo un lucro⁴⁴. Debe considerarse también “a título oneroso no solo la alienación realizada por un precio o en general por una contraprestación; sino también el pago de un crédito, [...], la concesión de una hipoteca sobre bienes hereditarios que garantizando al tercero su crédito, no le otorga un lucro.”⁴⁵

Se ha dicho que heredero aparente es aquel que se comporta como heredero, esto quiere decir que comportamiento de heredero debe ser apto para hacer creer que subsiste un título de heredero, aunque en realidad el título no subsista realmente (testamento revocado o nulo o la existencia de un heredero que lo excluya por tener un parentesco más cercano con el causante).

En cuanto a la posesión de los bienes hereditarios por parte del heredero aparente, creemos que no resulta aplicable en todos los casos, sino

⁴³ BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 74.

⁴⁴ CICU, Antonio, *Successioni per Causa di Morte, Parte Generale*, Volumen XLII, Tomo I, Milano, Giuffré, 1954, p. 244.

⁴⁵ CICU, Antonio, *Op. Cit.*, p. 244

sólo a los bienes no registrados. En efecto, si se trata de bienes registrados jugarían un rol importante y especial las normas y principios sobre la publicidad registral (principio de legitimación, principio de publicidad, principio de fe pública registral, etc.) que permite al tercero adquirir de modo eficaz cualquier bien hereditario en virtud de los indicadores de publicidad y la especial tutela que recibe el adquirente según la fe pública registral.

El artículo 665 c.c., en su segundo párrafo, hace referencia a los bienes registrados, y se señala que si el adquirente, antes de la celebración del contrato, hubiera constatado el derecho inscrito en los Registros públicos el título que amparaba al heredero aparente, y lo inscribiese a su favor, adquirirá de modo eficaz el bien objeto de disposición siempre que sea a título oneroso. Esta norma está, entonces, perfectamente en armonía con el principio de legitimación⁴⁶ y el principio de la fe pública registral⁴⁷ que gobiernan el régimen de los registros públicos.

En tal sentido, si interpretamos el artículo 665 c.c. de forma sistemática con las normas que rigen los registros públicos, llegamos a la conclusión que los mecanismos predispuestos para la transferencia de la propiedad y en casos de adquisición *a non domino*, como el caso del heredero aparente, se toman en cuenta fundamentalmente los indicadores de publicidad y no situaciones de hecho no unívocas ni idóneamente verificables como la posesión, de modo que en estos supuestos no resulta relevante - siempre en el caso de los bienes inscritos - que el heredero aparente haya entrado en posesión de los bienes hereditarios.

Por ejemplo: imaginémonos la existencia testamento por escritura pública inscrita en los Registros Públicos, muerto el causante se inscribe la ampliación de testamento, y luego de ello se inscribe a nombre del heredero los bienes inscritos que eran del causante en el registro de predios. Sin embargo, existe un heredero que lo excluye en razón de parentesco al heredero inscrito. En estos casos no hay lugar a la apariencia hereditaria toda vez que los indicadores de publicidad exoneran a los terceros la carga de la verificación de la realidad de los hechos y la adquisición se fundamentaría en la fe pública registral.

⁴⁶ **Art. 2013 del Código civil.- Principio de legitimación.** El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se declare judicialmente su invalidez.

⁴⁷ **Art. 2014 del Código civil.- Principio de fe pública registral.** El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en le registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Por ello, para la protección del tercero adquirente sería suficiente la fe pública registral y no un elemento de hecho como la posesión. Esto se justifica porque no siempre en toda transferencia de bienes inscritos existe verdadera posesión del inmueble por parte quien transfiere el bien, a menos que el tercero haya conocido la inexactitud de la información dada por el registro, es decir, conocía la existencia de un heredero con mejor derecho.

En resumen: cuando se trate de bienes inscritos sean bienes inmuebles o muebles, los actos de disposición del heredero aparente con derecho inscrito a título oneroso con el tercero de buena fe, hace que éste adquiera el bien hereditario una vez inscrito su derecho, sin necesidad de que el heredero haya entrado en posesión real de dicho bien, haciendo que el nuevo titular oponga su derecho *erga omnes* o a cualquier heredero con mejor derecho, desde el momento de la inscripción su favor.

2.2. Adquisición a *non domino* del adquirente simulado (titular aparente)

El artículo 194 c.c. habla en términos de inoponibilidad de la simulación a los terceros adquirentes que hayan confiado en la regularidad del título de su autor, esto es, del adquirente simulado. La simulación que aquí interesa corresponde al contrato en virtud del cual el enajenante simulado y el adquirente simulado crean la apariencia de una transferencia de la propiedad sobre un bien determinado, cuando en realidad no entienden transferir ningún derecho. En general, en estos casos, la norma “yuxtapone la protección del tercero a la simulación de una transferencia, o, en general, a la apariencia de una titularidad, presente en la esfera del simulado adquirente”⁴⁸.

Si bien el contrato simulado es nulo (Art. 219, inc. 5 c.c.), esto es, el contrato no produce efecto jurídicos entre las partes ni tampoco para los terceros, la explicación de la eficacia del contrato frente al tercero adquirente del simulado adquirente se encuentra en la apariencia jurídica, que está dirigida a tutelar a los terceros, quienes de buena fe hayan confiado en la apariencia de titularidad que generó precisamente el contrato simulado. Así, se explica y se justifica que en este supuesto se configure una adquisición a *non domino*. No sorprende que una autorizada doctrina haya afirmado que “la

⁴⁸ SACCO, Rodolfo y De Nova, Giorgio, *Il Contratto, Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco*, Tomo primo, Torino, UTET, 1993, p. 539.

venta simulada no transfiere la propiedad de la cosa al comprador. Si el comprador vende a su vez la cosa a otros, estos adquieren *a non domino*⁴⁹.

La razón de la tutela y la adquisición del tercero no radican pues en una pretendida eficacia excepcional del contrato nulo, sino en la apariencia generada por la declaración ficticia aparente en la simulación del contrato. Por ello, se ha dicho que “la declaración ficticia es siempre idónea para engañar a terceros; quien la realiza crea un peligro, y debe afrontar el riesgo correspondiente”⁵⁰. Y el riesgo al que se somete el enajenante simulado es que el adquirente simulado transfiera el bien a terceros.

En tal sentido, “en el fenómeno de la simulación la tutela del tercero – que haya adquirido derechos del titular aparente [...] – no está fundado sobre la inoponibilidad al tercero de buena fe de la divergencia entre voluntad y declaración, y, por ende, sobre la apariencia de la voluntad, sino, más bien, sobre la apariencia de la titularidad del derecho: apariencia que está constituida en primer lugar por el contrato simulado, pero también y especialmente por el comportamiento global de los simulantes, idóneo a generar en los terceros el erróneo convencimiento sobre la titularidad”⁵¹.

No obstante, no cualquier tercero adquirente puede consolidar la adquisición de la propiedad, se requiere que haya obrado de buena fe y que el título de adquisición haya sido a título oneroso. Vale decir, la apariencia de titularidad del simulado adquirente no resulta suficiente, debe además demostrar la onerosidad del título y acreditar su buena fe al momento de la adquisición. “La buena fe, en otras palabras, es un requisito *constitutivo*, [...] de la adquisición *a non domino*”⁵².

En efecto, la buena fe no se presume a favor del tercero adquirente, éste deberá demostrar su buena fe, toda vez que no existe una disposición específica que establezca una presunción a favor del tercero adquirente: no existe una presunción legal relativa. Además, se debe tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido una tutela general de la buena fe, pero no reconoce una presunción general de buena fe aplicable a todos los casos. Por tanto, en este supuesto, la carga de la prueba de la buena fe corresponderá siempre al tercero.

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Efficacia Rispetto ai Terzi della Sentenza que Dichiara la Simulazione Assoluta di una Vendita*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Volume II, Parte I, 1947, CEDAM, Padova, p. 269.

⁵⁰ SACCO, Rodolfo y De Nova, Giorgio, *Op. Cit.*, p. 523.

⁵¹ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 110-111.

⁵² CARNELUTTI, Francesco, *Op. Cit.*, p. 271, quien agrega que “siendo la buena fe el hecho constitutivo de la adquisición *a non domino*, corresponde al adquirente mismo probar su buena fe” (*Op. Cit.*, p. 272.)

Ahora bien, si se observa el artículo 194 c.c. no se advierte que se requiera por parte del tercero adquirente que esté en una situación posesoria respecto del bien objeto de disposición. Asimismo, no se advierte que el enajenante (adquirente simulado o titular aparente) deba tener la posesión efectiva del bien como en el caso del heredero aparente de bienes no registrados.

En efecto, en el caso del tercero de buena fe y a título oneroso que adquiera la titularidad de un derecho del titular aparente (simulado adquirente), no es requisito que éste haya entrado en posesión de los bienes. Sin embargo, de acuerdo al sistema de transferencia de propiedad de bienes muebles acogido por nuestro Código civil, será necesaria la tradición del bien dado que el mero título no transfiere la propiedad, pues la adquisición del tercero no deroga en modo alguno el sistema de transferencia de propiedad de bienes muebles no registrados⁵³. Se requiere entonces que se complete título y modo.

En el caso de bienes inmuebles registrados o no, en cambio, no es indispensable la adquisición de la posesión, bastando sólo el título de adquisición que contenga la transferencia de la propiedad para ser considerado tercero adquirente, para lo cual no le será oponible el contrato simulado y, por ende, su adquisición será inatacable.

3. Adquisición *a non domino* en virtud de la fe pública registral

En nuestro ordenamiento jurídico la adquisición *a non domino* de bienes inmuebles es posible mediante dos modalidades: a) la usucapión breve previsto en el segundo párrafo del artículo 950 c.c.; y b) la fe pública registral prevista en el artículo 2014 c.c.

La diferencia de tratamiento normativo se justifica por la diversa clasificación de los inmuebles: registrado y no registrado. Nuestro sistema de publicidad registral es esencialmente declarativo, cuya función es dar a conocer mediante los mecanismos publicitarios los hechos, actos o negocios jurídicos que forman su objeto (publicidad-noticia). No es pues publicidad

⁵³ En efecto, en la transmisión mobiliaria la adquisición de la propiedad se produce no con el título (como en el caso de bienes inmuebles), sino con la tradición, es decir, título y tradición configuran la eficacia adquisitiva. Por ello, se ha dicho que “la ineficacia de la adquisición se debe imputar a la tradición como modo de adquirir la propiedad, cuando el tradente no tiene poder de disposición, pues el efecto que no se produce es el adquisitivo, que es el propio de la tradición” (ver: MIQUEL GONZÁLES, José María, *Algunos Problemas de la Responsabilidad por la Transmisión de la Propiedad en la Compraventa*, en *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 26, Barranquilla, 2006, p. 243).

constitutiva, excepto casos muy puntuales y que no tienen que ver con la transmisión de la propiedad, que sumado al hecho de que en nuestro país no existe aún un sistema general de catastro, hace que existan bienes inmuebles aún no registrados sobre todo al interior del país. Esto permite explicar la diferencia de tratamiento normativo existente entre la usucapión breve y la fe pública registral.

Ahora bien, presupuesto para la aplicabilidad y operatividad de la fe pública registral contenida en el artículo 2014 c.c., es que se trate únicamente de derechos y/o bienes inscritos, donde asumen un rol relevante el principio de publicidad (artículo 2012 c.c.) y principio de legitimación (artículo 2013 c.c.), entre otros, que presuponen efectivamente la publicidad registral de las titularidades, generando de esta forma una situación de confianza para la generalidad de los terceros.

La fe pública registral prevé un supuesto de adquisición *a non domino* con eficacia adquisitiva inmediata. Para ello, deben cumplirse todos y cada uno de los elementos contenidos en ella: a) adquisición a título oneroso, b) que el derecho o facultad de disponer del alienante aparezca inscrito, c) inscripción de la adquisición del derecho. La consecuencia jurídica es que el tercero conserva la adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después de anule, rescinda o resuelva el del enajenante por causas que no hayan constado en los registros públicos.

Podemos apreciar, entonces, que el artículo 2014 c.c. otorga una protección más radical a los terceros, quienes actuando en base a la confianza depositada en los indicadores de publicidad contenida en los registros públicos, hacen venir a menos incluso cualquier causal de nulidad o anulabilidad que haya existido en el título anterior inmediato e inscrito en virtud del cual fundaba su derecho el enajenante⁵⁴.

Sin embargo, un sector de la doctrina peruana ha señalado que “cuando el artículo – 2014c.c. - establece que el mantenimiento de la adquisición del tercero adquirente se verifica aunque después se anule, rescinda o resuelva el título del otorgante, pareciera que limita la protección de la apariencia registral a los casos de anulabilidad, rescisión o resolución del específico negocio jurídico”, y “ello porque la nulidad, que se dirige a sancionar un actuar que lesiona un interés general (atinente al estado o a la

⁵⁴ Una precisión: No se considera tercero registral protegido por el artículo 2014 c.c. a aquel que adquiriendo un derecho de su efectivo titular, cuente con un título de adquisición nulo por incapacidad, por ejemplo. En este caso, el adquirente no es tutelado conforme al principio de fe pública registral porque su título de adquisición no puede desplegar ningún efecto por más que haya sido inscrito. El registro no es convalidante de actos nulos.

colectividad), no podría ni siquiera cimentar una posterior adquisición del tercero basándose en la apariencia, aunque el tercero goce de un estado subjetivo de buena fe”⁵⁵.

En realidad la adquisición del tercero no tiene como fundamento la buena fe ni la apariencia jurídica como señala el autor citado, sino que su fundamento se encuentra en la confianza creada en base al conocimiento de los indicadores de publicidad, en virtud de los principios de publicidad y de legitimación. En efecto, la buena fe subjetiva viene prácticamente sustituida por la actuación de la publicidad (presunción *iuris et de iure*), e incluso – nos arriesgamos a afirmar que – se desinteresa de ella, dado que su relevancia jurídica es tomada sólo en su aspecto negativo: mala fe (conoció la inexactitud del registro). Vale decir, la buena fe no es elemento constitutivo de la fe pública registral, sino que, inversamente, la mala fe viene a configurar como elemento impeditivo de la adquisición del tercero.

Asimismo, la apariencia jurídica tampoco puede ser el fundamento de la tutela, debido fundamentalmente a que “los hechos de publicidad, no tienen la intrínseca capacidad de manifestar como existente alguna realidad jurídica [...]. Si la ley protege a los terceros para el caso en el cual a las declaraciones formales no correspondan a la realidad jurídica por las mismas enunciada, lo hace no porque aquellas declaraciones tengan la fuerza de poder probar la existencia de esta realidad jurídica, sino porque frente a hechos declarativos de tal naturaleza exonera al sujeto de verificar la realidad jurídica declarada”⁵⁶.

Por otra parte, no creemos que el artículo 2014 c.c. excluya a los negocios nulos del alcance de la norma y sí, en cambio, incluya a los negocios jurídicos anulables. Si bien se sabe que la nulidad del negocio jurídico previsto por las normas sustanciales opera sin necesidad de una sentencia judicial que la declare, esto es, de pleno derecho (*ipso iure*)⁵⁷; no ocurre lo mismo con los asientos registrales, dado que la nulidad de un

⁵⁵ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, *La Nulidad del Negocio jurídico, Principios generales y su aplicación*, Jurista editores, Lima, 2002, p.161.

⁵⁶ FALZEA, Angelo, *Op. Cit.*, p. 113.

⁵⁷ FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico*, Traducción del alemán de José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 653, quien afirma que “por principio, la causa de nulidad provoca “*per se*” que la reglamentación negocial del negocio jurídico nulo no valga” (*Cit.*). Así también: BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, Il Contratto*, III, , Milano, Giuffré, 1987, p. 589, quien afirma que “la acción de nulidad es la acción que tiende a verificar la nulidad del contrato. La resolución que acoge la demanda es una sentencia declarativa en cuanto la causa de nulidad opera de derecho. Sin embargo, la sentencia se vuelve necesaria para hacer valer la nulidad si la fattispecie contractual se presenta como un título presuntivamente válido” (*Cit.*).

asiento registral requiere, conforme lo establece el artículo 107⁵⁸ del RGRP, la existencia de una declaración judicial de nulidad y que se ordene la cancelación del asiento respectivo. Esto es pues siendo coherente con el principio de legitimación contemplado en el artículo 2013⁵⁹ c.c.

En tal sentido, a pesar de que el derecho del enajenante sea nulo desde el punto de vista del derecho sustancial, la adquisición del tercero subadquirente que depositó su confianza en base a los asientos registrales viene tutelada y, por ende, adquiere *a non domino* y es oponible a cualquier persona una vez inscrito el derecho, siempre y cuando el tercero no haya conocido la inexactitud del registro sea en virtud de una anotación de demanda de nulidad antes de la inscripción, sea en virtud de un conocimiento efectivo de la real situación del derecho inscrito.

Sin embargo, otro sector de la doctrina nacional⁶⁰ ha levantado la voz señalando que se debe en general proteger la intangibilidad de la esfera jurídica de todo sujeto en nombre de la seguridad estática de las adquisiciones y, excepcionalmente, se debería proteger la seguridad dinámica de las adquisiciones mediante los procedimientos exteriorizados formales, conocibles y publicitados. Esto se justificaría en nuestro país – se afirma – donde se vive de la cultura del engaño, donde los estafadores se valen de los terceros para obtener beneficios que el intérprete no puede ignorar y, más bien, debe tratar de solucionarlas mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para lo cual se sostiene que “el artículo 2014 del C.C. no protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso si el título del transmitente es declarado nulo – si la demanda se inscribe dentro del plazo de prescripción – o inoponible por falta de legitimidad para contratar”⁶¹.

No compartimos esta opinión. Si bien en nuestro país se han producido en no pocos casos apropiaciones ilegales de bienes inmuebles para ser transferidos a terceros sacando provecho indebido de estas

⁵⁸ **Artículo 107º.- Cancelación por declaración judicial de invalidez**

Quien tenga legítimo interés y cuyo derecho haya sido lesionado por una inscripción nula o anulable, podrá solicitar judicialmente la declaración de invalidez de dicha inscripción y, en su caso, pedir la cancelación del asiento en mérito a la resolución judicial que declare la invalidez.

La declaración de invalidez de las inscripciones sólo puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional.

⁵⁹ **Art. 2013.-** El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

⁶⁰ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Nulidad e Inoponibilidad del Contrato Vs. El principio de la Fe Pública Registral*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 103, Gaceta Jurídica, Abril, 2007, p. 37.

⁶¹ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Op. Cit.*, p. 40.

enajenaciones, ello no justifica la desnaturalización de un instituto más aún si se trata de los intereses que el ordenamiento jurídico efectivamente ha decidido tutelar (tercero subadquirente, circulación de los bienes), pues la labor del intérprete debe estar dirigida a identificar cual es el interés o los intereses que las normas jurídicas han predispuesto para su protección tratando, a tal efecto, de determinar sus alcances.⁶²

CONCLUSIONES

1. El problema del negocio jurídico sobre patrimonio ajeno ha sido reconocido por nuestro sistema jurídico desde el punto de vista de su validez formal, toda vez que en materia contractual el objeto de la prestación puede recaer sobre bienes ajenos y porque, además, se ha regulado la compraventa de bien ajeno como un contrato típico.
2. La construcción de la figura de la facultad de disposición separada del contenido del derecho de propiedad que, por regla, correspondería al titular y, por excepción, a un tercero; no explica los actos de disposición de bienes ajenos, ya que el fundamento de la adquisición obedece, más bien, a una especial tutela que se concede a la protección de la buena fe y la confianza en la seguridad de las relaciones jurídicas y del tráfico.
3. Las transferencias voluntarias, es decir, aquellas que derivan de un acto propio del titular del derecho en virtud del ejercicio de su autonomía privada (negocio jurídico, contrato), no son las únicas formas de adquisición de la propiedad reconocidas por el ordenamiento jurídico, pues también se reconocen a las transferencias coactivas que se manifiestan en los supuestos de la expropiación, ejecución forzada, etc., así como las denominadas adquisiciones *a non domino* que se caracterizan por un acto de disposición de un no titular (*non dominus*).
4. La circulación jurídica de bienes no requiere siempre y en todos los casos la concurrencia de la manifestación de voluntad del titular del derecho, porque hay casos en que el consentimiento de éste no es necesario ni tampoco suficiente para se produzca una circulación jurídica. La adquisición *a non domino* es precisamente uno de esos casos.
5. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una tutela general de la buena fe, pero no una presunción general de buena fe. La buena fe es un

principio general del derecho y es un criterio de valoración dirigido a solucionar un problema específico en función de su tutela genérica; en cambio, la presunción es un instrumento técnico de naturaleza procesal (legal o judicial) que exonera, a una de las partes en juicio, acreditar o probar un determinado hecho.

6. El Código Civil peruano admite la distinción entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La buena fe en sentido subjetivo es un estado del intelecto (del entendimiento) que se manifiesta como error o ignorancia, y sirve como guía la voluntad dirigida a fines prácticos; pero para que sea objeto de tutela requiere que sea justificada sobre la base del parámetro de la diligencia según las características personales del agente (culpa subjetiva). La buena fe en sentido objetivo, en cambio, es una regla de conducta, un deber de comportamiento, que impone la lealtad del comportamiento y la salvaguarda del interés ajeno, en una específica relación contractual.

7. La buena fe en las adquisiciones *a non domino* consiste específicamente en la creencia, por error o ignorancia, de contratar con el legítimo propietario (buena fe en sentido subjetivo), cuando en realidad se entabla una relación con una persona distinta y extraña (un *non dominus*) respecto del titular del derecho.

8. Existe posesión de buena fe sólo y en la medida que se fundamente en un título. Si faltase éste, cualquier adquisición de derechos vendría a menos (los frutos, por ejemplo). En el caso de las adquisiciones *a non domino* no se debe tratar de cualquier título, sino sólo de aquel acto de disposición que importe transferencia de la propiedad.

9. La apariencia y la buena fe no son elementos identificables entre sí (ni tampoco excluyentes), sino son elementos que coexisten en una misma hipótesis normativa (heredero aparente, simulado adquirente, acreedor aparente); pero ambas no se encuentran en el mismo plano: la apariencia se encuentra en el plano social y objetivo y la buena fe es un fenómeno individual y subjetivo.

10. La fe pública registral es un mecanismo legal de tutela que vuelve jurídicamente eficaz una adquisición irregular en virtud de la confianza depositada en los indicadores de publicidad. Es erróneo, por tanto, sostener que la fe pública registral deriva de la constatación de la buena fe del adquirente, pues en realidad se produce por la relevancia directa de la publicidad registral. El estado subjetivo del agente sólo es relevante si actuó de mala fe, pues éste es sólo elemento impeditivo que excluiría dicha la tutela.

11. La buena fe en las adquisiciones *a non domino* no viene en consideración aisladamente, sino que ella coexiste con otros elementos de una hipótesis normativa más compleja; de manera que la buena fe por sí misma no resulta *per se* suficiente para justificar la adquisición de la propiedad.

12. En las adquisiciones *a non domino*, además de la buena fe, es necesario elementos adicionales, no menos importantes, que verificadas cada una de ellas en conjunto, produce el efecto adquisitivo. En efecto, los elementos concomitantes como la posesión, apariencia, fe pública registral, onerosidad, etc., hacen que la buena fe por sí sola no explique adecuadamente el fundamento de la protección de los adquirentes del *non dominus*.

13. Son los elementos objetivos (posesión, apariencia, fe pública registral, etc.) que componen una hipótesis normativa de adquisición *a non domino*, los que generan una real y verdadera situación de confianza en la regularidad de un acto de transmisión de la propiedad; por ende, la confianza fundada en dichos elementos se vuelve el factor central de la protección de los terceros subadquirentes.

14. El dogma de la voluntad que pregonaba que sólo en virtud de un acto propio y libre de voluntad el titular puede perder algún derecho, ha sido erosionado por un conjunto de disposiciones que apuntaban a tutelar a los terceros mediante la protección de la confianza en el tráfico jurídico de bienes.

15. No se rechaza ni se niega la voluntad como elemento esencial de los actos o negocios jurídicos, pero no se puede hacer depender única y exclusivamente de la voluntad del titular del derecho la producción de efectos jurídicos. Por ello, la declaración del titular del derecho no es siempre necesaria para determinar todos los fenómenos de circulación.

16. La declaración de voluntad del *non dominus* no deviene nula por falta de manifestación de voluntad del titular del derecho, sino que, al contrario, es una declaración realmente existente, imputable materialmente al declarante. Salvo, la usurpación de nombre y/o falsificación de firma del titular del derecho, que haría del acto o negocio jurídico inválido precisamente por falta de imputación material del acto al referido titular.

17. La relevancia jurídica de la declaración de voluntad del *non dominus* se configura siempre y en la medida que sea existente (visible, reconocible y seria), en nombre propio (no en nombre ajeno ni usurpando el nombre de otro) y válida (no incurso en alguna causal de nulidad). La eventual causal de

anulabilidad de la declaración del *non dominus* sólo adquiere relevancia si viene declarada judicialmente; mientras esto no ocurra, será idónea para configurar un supuesto de adquisición *a non domino*. No hay, por tanto, ausencia o falta de manifestación de voluntad; todo lo contrario, hay una declaración de voluntad pero proveniente y atribuible materialmente al *non dominus*; y sobre esta declaración se debe realizar el juicio de relevancia jurídica.

18. Todos los supuestos de adquisición *a non domino* previstos en nuestro Código Civil, se configuran mediante la celebración de un contrato (oferta y aceptación), puesto tienen la característica de ser declaraciones recepticias y, por consiguiente, potencialmente idóneas para generar una situación de confianza. Se excluyen de los supuestos de adquisición *a non domino* los negocios unilaterales no recepticios *mortis causa* como el testamento que instituye herederos y legatarios, toda vez que en las declaraciones unilaterales no recepticias no hay cabida para verdaderas y reales situaciones de confianza.

19. En todos los supuestos de adquisición *a non domino* es requisito *sine qua non* la existencia de un título de adquisición, constituido por un acto de transmisión de la propiedad de un bien ajeno; pero libre de cualquier vicio (de nulidad) que lo invalide. El título de adquisición es, entonces, el elemento típico y constante de las adquisiciones *a non domino*.

20. Cada supuesto normativo de adquisición *a non domino* previsto en el Código Civil, no cuenta con un tratamiento uniforme debido a la peculiaridad de cada situación prevista en cada caso concreto, pues cada supuesto tiene sus propias características, algunas comunes, otras distintas, pero siempre encaminadas al mismo fin: tutelar la confianza.

21. En los casos de adquisición *a non domino* en virtud de la posesión, la tutela del tercero adquirente no puede fundarse solamente sobre la base de un título de adquisición y la buena fe, toda vez que si existiese título y buena fe, pero no posesión, cualquier adquisición vendría a menos. El elemento objetivo de la posesión resulta tan (o más) relevante como los demás elementos de la hipótesis normativa.

22. En los casos de adquisición *a non domino* en virtud de la apariencia, la buena fe por sí misma no justifica la adquisición de la propiedad, pues se requiere la coexistencia de circunstancias socialmente objetivas aptas para inducir a error a cualquier persona dentro de un determinado ámbito social; es decir, se requiere, además, de un hecho subjetivo e individual (la buena fe), un hecho objetivo y social (la apariencia).

23. En los casos de adquisición *a non domino* en virtud de la fe pública registral, la buena fe no es requerida como fundamento de la adquisición de la propiedad; ella viene sustituida por los indicadores de publicidad y los principios registrales. La buena fe es excluida como razón de la tutela, no porque sea presunta, sino porque sólo adquiere relevancia en su aspecto negativo, es decir, mala fe; el cual viene a configurarse como elemento impositivo de la adquisición *a non domino*.

24. El fundamento de la adquisición *a non domino* descansa en la protección de la confianza que los terceros depositan en la regularidad de un acto de disposición a su favor, sobre la base de elementos objetivos (posesión, apariencia, fe pública registral, onerosidad, etc.) y subjetivos (buena fe); los cuales pueden ser concomitantes o no, dependiendo de la disciplina normativa para cada caso concreto.

25. La adquisición *a non domino* opera como medio idóneo para tutelar de modo excepcional la confianza de los terceros en la circulación de los bienes, siempre que se cumplan y se verifiquen de manera estricta cada uno de los elementos de hecho previsto en cada hipótesis normativa. Se excluye, por ende, la posibilidad de aplicar extensivamente o por analogía el instituto, tal como si se tratase de un criterio o regla general de adquisiciones *a non domino*.

26. Para que una norma penal contra la realización del actuar jurídico negocial tenga eficacia como norma prohibitiva respecto del entero negocio jurídico, se requiere que por la realización del negocio se cumpla totalmente la norma penal, de modo que se den no sólo los presupuestos objetivos, sino los subjetivos del tipo penal. Si la norma penal afecta sólo la conducta de uno de los partícipes, respecto de la celebración del negocio jurídico, entonces, la relación jurídica de la otra parte queda completamente a salvo de la ley prohibitiva, en cuanto sólo se producen efectos jurídicos de derecho público respecto del que actuó contra la prohibición.

27. El delito materializado en el acto de vender como propios bienes ajenos (estelionato) no importa *per se* la invalidez (nulidad) del contrato. En efecto, para predicar la nulidad del contrato es necesario que la otra parte haya conocido o debía conocer – o simplemente que haya sido negligente en procurarse información acerca de la titularidad del derecho que se le transfiere - la procedencia delictuosa del bien y, a pesar de ello, celebró el contrato.

28. En el delito de estelionato no se toma en cuenta, por lo general, que ante la comisión de este tipo delictivo existen dos víctimas: el propietario que se ve despojado de la cosa y el tercero adquirente que confió en la

regularidad del acto. Hay pues dos intereses dignos de tutela y el problema consiste en resolver bajo qué circunstancias determinado interés deberá ser sacrificado.

29. El interés a la seguridad de conservar las situaciones jurídicas preexistentes (seguridad estática de los derechos: la propiedad) no es exclusivo ni excluyente en una economía social de mercado, pues a su lado existe también el interés a la seguridad de la circulación jurídica de los bienes y derechos (seguridad dinámica de los derechos: circulación de la propiedad); ambos intereses corresponden a intereses fundamentales de una sociedad liberal y capitalista como la nuestra, y de lo que se trata es de armonizar estos dos intereses fundamentales. No es cierto, por tanto, que los contratos sobre bienes ajenos atentan contra el orden público por el hecho de ser tales.

30. Una de las formas legales para establecer una armonía o equilibrio entre la seguridad estática y la seguridad dinámica, es reconocer en la adquisición *a non domino* una forma excepcional de adquisición de la propiedad, cuya disciplina normativa está destinada a tutelar la confianza de los terceros que actúan en la creencia legítima de adquirir del verdadero propietario.

31. La confianza como principio y fundamento de toda adquisición *a non domino* ha devenido en criterio rector para tutelar a los terceros en el tráfico jurídico, toda vez que la buena fe resulta en todos los casos un elemento necesario pero no suficiente en las adquisiciones *a non domino*; que en algunos casos ni siquiera es considerada como elemento material de la norma, como en el caso de la fe pública registral, que excluye a la buena fe como razón de la tutela, y, más bien, la mala fe viene a configurarse como elemento impeditivo de la adquisición.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La Usucapión*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2004.
2. ARIANO DEHO, Eugenia, *Materiales de Lectura de Derecho Procesal Civil*, Lima, [s.e.], 2005.
3. ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ, Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Elvira MARTÍNEZ COCO, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo II, Tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
4. ARIAS-SCHREIBER-PEZET, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIROZ, Ángela ARIAS-SCHREIBER M. y Elvira MARTÍNEZ COCO, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo IV, Tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
5. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, *La Posesión en el Código Civil*, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1985.
6. BATTISTA FERRI, Giovanni, *El Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Leysser León Hilario, Lima, Ara Editores S.A., 2002.
7. BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares, 2000.
8. BETTI, Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Traducción del italiano de José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.

9. BETTI, Emilio, *Crítica al Sistema de Transmisión de Inmuebles*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31, Caracas, 1965.
10. BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, III, Il Contratto*, Milano, Giuffré, 1987.
11. BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, IV, L'obbligazione*, Milano, Giuffré, 1990.
12. BIANCA, Massimo, *La Negligencia en el Derecho Civil Italiano*, En VV.AA. *Estudios sobre la Responsabilidad civil*, ARA editores, Lima.
13. BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*, Tomo I, Volumen II, Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995.
14. BOLAFFI, Renzo, *Le Teorie sull'apparenza Giuridica*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte prima, Volume XXXII, Milano, Cedam, 1934.
15. BRECCIA, Umberto, *Diligenza e Buena Fede nell'attuazione del Rapporto Obbligatorio*, Giuffré, Milano, 1968.
16. BUSNELLI, Francesco Donato, voce *Erede Apparente*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XV, Milano, Giuffre, 1966.
17. CAMPAGNA, Lorenzo, voce *Dante Causa*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume IV, Milano, Giuffré, 1959.
18. CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Traducción del francés de Laura Gutierrez-Masson, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1996.
19. CAPOZZI, Guido, *Dei Singoli Contratti*, Volume Primo, Milano, Giuffré, 1988.
20. CARIOTA FERRARA, Luigi, *I Negozi sul Patrimonio Altrui, con Particular Riguardo alla Vendita di Cosa Altrui*, Padova, Cedam, 1936.
21. CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio jurídico*, Traducción del italiano de Manuel Albaladejo, Madrid, Aguilar S.A., 1956.

22. CARIOTA FERRARA, Luigi, *Sulla Definizione del Negozio Giuridico come Esercizio di un Diritto Soggettivo o di una Facoltà o di un Potere*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, Anno VII, Padova, Cedam, 1961.
23. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Giuridica della Circolazione*, Padova, Cedam, 1933.
24. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Traducción del italiano por Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
25. CARNELUTTI, Francesco, *Sulla Distinzione tra Colpa Contrattuale e Extracontrattuale*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Seconda, Volume X, Milano, Cedam, 1912.
26. CARNELUTTI, Francesco, *Legittimazione a Comprare*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Volume XXXIII, 1935.
27. CARNELUTTI, Francesco, *Efficacia Rispetto ai terzi della Sentenza che Dichiara la Simulazione Assoluta di una Vendita*, en *Rivista di Diritto Processuale*, Volume II, Parte I, Padova, Cedam, 1947.
28. CARNELUTTI, Francesco, *Documento y Negocio Jurídico*, en *JUS Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo XIII, Numero 76, México, 1944.
29. CARRESI, Franco, *Il Negozio Illecito per Contrarietà al Buen Costume*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno III, Milano, Giuffré, 1949.
30. CASELLA, Giovanni, *La Doppia Alienazione Immobiliare*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, N° 5, settembre – ottobre, Padova, Cedam, 1999.
31. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Los Derechos Reales*, Tomo I, Lima, Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., 1973.
32. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Derecho de las Sucesiones, Lecciones dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad San Luis Gonzaca de Ica*, Lima, (s.e.), 1996.

33. CASTILLO FREYRE, Mario, *Comentarios al Contrato de Compraventa*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
34. CASTRO TRIGOSO, Nelwin, *¿El Contrato sólo Crea Obligaciones? A Propósito de los Trabajos de Reforma del Código Civil*, en *Cathedra Discere*, Lima, 2002.
35. CATAUDELLA, Antonio, *I Contratti, Parte Generale*, Seconda Edizione, Torino, Giappichelli, 2000.
36. CATAUDELLA, Antonino, *Note sul Concetto di Fattispecie Giuridica*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XVI, Milano, Giuffré, 1962.
37. CHIOVENDA, Giuseppe, *Sulla Natura dell'espropriazione Forzata*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Volume III, Parte I, Padova, Cedam, 1926.
38. CICU, Antonio, *Successioni per Causa di Morte, Parte Generale, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volumen XLII, Tomo I, Milano, Giuffré, 1954.
39. COMPORTI, Marco, *Ideologia e Norma nel Diritto di Proprietá*, en *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXX, Numero 3, maggio-giugno, Padova, Cedam, 1984.
40. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo II, Lima, Palestra Editores, 2007.
41. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*, Primera Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
42. DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la Buena Fe, Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil Español*, Barcelona, Bosch, 1965.
43. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen tercero, Cuarta edición, Madrid, Editorial Civitas, 1995.
44. DIEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del derecho*, Primera Edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1975.

45. DI MAJO, Adolfo, voce *Legittimazione negli Atti Giuridici*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXIV, Milano, Giuffré, 1967.
46. ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría General del Derecho Civil*, 5 ensayos, Lima, ARA, 2002.
47. ESCOBAR ROZAS, Freddy, *El contrato y los Efectos Reales (Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano)*, en AA.VV., *Estudios Sobre el Contrato en General*, Lima, ARA Editores, 2003.
48. ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Comentario al Artículo 219 del Código Civil*, en *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Juristas*, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2003.
49. ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Reflexiones en torno a la Llamada Venta de Bien Ajeno*, en *Themis*, Número 29, 1994.
50. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derechos de las Personas*, Tercera edición, Lima, Editorial Huallaga, 2001.
51. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto Jurídico Negocial, Análisis Doctrinario, Legislativo y Jurisprudencial*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.
52. ESPINOZA ESPINOZA, *Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, Análisis Doctrinario, Legislativo y Jurisprudencial*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2003.
53. FALZEA, Angelo, *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milano, Giuffré, 1985.
54. FALZEA, Angelo, *Il Soggetto nel Sistema dei Fenomini Giuridici*, Milano, Giuffré, 1937.
55. FALZEA, Angelo, *La Condizione e Gli Elementi dell'atto Giuridico*, Milano, Giuffré, 1941.
56. FALZEA, Angelo, *I Principi Generali del Diritto*, en *Rivista di Diritto Civile*, N° 5, 1991.
57. FERNANDEZ CRUZ, Gastón, *La obligación de Enajenar y el Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmuebles en el Perú*, en *Themis-Revista de Derecho*, Número 30, Lima, 1994.

58. FERRARA, Francesco, *Scritti Giuridici*, III, Milano, Giuffré, 1954.
59. FERRERO COSTA, Augusto, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Sexta edición, Lima, Grijley, 2002.
60. FINZI, Enrico, *Sulla Efficacia Semplicemente Conservativa della Trascrizione de cui all'art. 773, n.3. c. cmm. (Appunti e Spunti sui Fatti Giuridici Impeditivi)*, en: *Rivista di Diritto Processuale*, Volume V, Parte II, Padova, Cedam, , 1928.
61. FLUME, Werner, *El Negocio Jurídico, Parte General del Derecho Civil*, Tomo segundo, Cuarta edición no modificada, Traducción del alemán por José María Miquel Gonzales y Esther Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
62. GABRIELLI, Giovanni, *Pubblicità Legale e Circolazione dei Diritti: Evoluzione e Stato Attuale del Sistema*, en *Rivista di Diritto civile*, Anno XXXIV, Numero 4, Luglio-Agosto, Padova, Cedam, 1988.
63. GALGANO, Francesco, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Traducción de Juan Antonio Fernández campos y Rafael Verdera Server, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000.
64. GIORGIANNI, Michele, *La Obligación (La Parte General de las Obligaciones)*, Traducción del italiano por Everio Verdera y Tuells, Barcelona, Bosch, 1958.
65. GIORGIANNI, Michele, voce *Volontà (Diritto Privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XLVI, Milano, Giuffré, 1993.
66. GONZALES BARRON, Gunther, *Derechos Reales*, Lima, Jurista Editores, 2005.
67. JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil, Liberalidades*, Tomo III, Vol. II, Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Bosch y Cía., 1951.
68. KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Traducción del alemán de Juan Miquel, Novena edición, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999.
69. LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, Tomo III, *Tratado de los Derechos Reales*, Vol. I, Buenos Aires, Compañía Argentina Editores S.R.L., 1943.

70. LAMA MORE, Héctor, *¿Es Precario quien Posee un Bien con Título Manifiestamente Nulo?* en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 7, Número 34, Julio, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
71. LANATTA, Rómulo, *Curso de Derechos de Sucesiones*, Primera Parte, Lima, (s.e.), 1964.
72. LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, Traducción del alemán de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
73. LEON BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil Peruano. Obligaciones*, Tomo II, Bueno Aires, Ediar S.A. Editores, 1956, p. 26).
74. LEON BARANDIARAN, José, *Comentarios al Código Civil Peruano*, Tomo II, Buenos Aires, EDIAR S.A. Editores, 1956.
75. LEON HILARIO, Leysser, *Apuntes Sobre el Papel de la Voluntad en los Negocios Jurídicos (con especial referencia a los contratos)*, en AA.VV., *Estudios Sobre el Contrato en General*, Lima, ARA Editores, 2003.
76. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Segunda edición, Lima, Grijley, 1994.
77. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Derecho de Sucesiones, Sucesión en General*, Tomo I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
78. MENGONI, Luigi, *L'Acquisto "a non domino"*, Milano, Società Editrice "Vita e Pensiero", 1949.
79. MENGONI, Luigi, *Gli Acquisti "a non domino"*, Terza edizione, Milano, Giuffré, 1975.
80. MENGONI, Luigi, *Risolubilità della Vendita di Cosa Altrui e Acquisto "a non domino"* en: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Milano, Giuffré, 1949.
81. MENGONI, Luigi, *Profili dogmatici dell' acquisto "a non domino"*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Prima parte, 1949.

82. MENGONI, Luigi y REALMONTE, Francesco, voce *Atto di Disposizione*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, Giuffré, 1964.
83. MENGONI, Luigi, *Acquisto "a non domino"*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008.
84. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, Tomo III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.
85. MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volume XXI, Tomo II, Milano, Giuffré, 1972.
86. MESSINEO, Francesco, *Il Contratto in Genere, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Diretta dai Proffessori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Volume XXI, Tomo II, Milano, Giuffré, 1972.
87. MIQUEL GONZÁLES, José María, *Algunos Problemas de la Responsabilidad por la Transmisión de la Propiedad en la Compraventa*, en *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 26, Barranquilla, 2006.
88. MONTEL, Alberto, *Acquisto in Forza di Titolo Viziato "A Domino" e Possesso di Buona Fede*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte prima, Volume XXXII, Milano, Cedam, 1934.
89. MORALES HERVIAS, *Validez y eficacia de los Actos de Disposición y Gravamen en la Sociedad de Gananciales, El Concepto Oculto en el artículo 315 del Código Civil*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, número 64, Trujillo, Editora Normas Legales, 2005.
90. MORALES HERVIAS, *La Doctrina de los Actos Propios entre el Negocio Jurídico y el Contrato, Historia de una Comparación Impracticable e Injusta*, en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2006.
91. MORALES HERVIAS, Rómulo, *Nulidad e Inoponibilidad del Contrato Vs. El principio de la Fe Pública Registral*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 103, Gaceta Jurídica, Abril, 2007.
92. NATOLI, Ugo, *La Proprietà*, Seconda edizione riveduta e ampliata, Milano, Giuffré, 1976.

93. NICOLÓ, Rosario, *Successione nei Diritti*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008.
94. ORTEGA PIANA, Marco Antonio, *Aspecto Personal de las Garantías Hipotecaria y Prendaria Reguladas por el Código Civil y Posibilidad de Constitución A Non Domino*, en *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho, N° 33, Lima, 2002.
95. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, *La Nulidad del Negocio jurídico, Principios generales y su aplicación*, Jurista editores, Lima, 2002.
96. PALERMO, Gianfranco, voce *Legittimazione*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume XVIII, Roma, 1990.
97. PIAZZA, Gabriello, *Negoziio Sotto Nome Altrui*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXVIII, Milano, Giuffré, 1977.
98. PIETROBBON, Vittorino, *El Error en la Doctrina del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Mariano Alonso Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.
99. PUGLIATTI, Salvatore, *La Trascrizione*, Volume I, Tomo I, *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale diretta dai Professori Antonio Cicu e Francesco Messineo*, Milano, Giuffré, 1957.
100. PUGLIATTI, Salvatore, *La Proprietá nel Nuevo Diritto*, Milano, Giuffré, 1964.
101. PUGLIATTI, Salvatore, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*, Milano, Giuffré, 1964.
102. PUGLIATTI, Salvatore, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, México D.F., Porrúa Hnos. y Cia., 1943.
103. PUGLIATTI, Salvatore, *Considerazioni sul Potere di Disposizione*, en *Rivista del Diritto Commerciale e delle Teorie Generale delle Obbligazioni*, Parte Prima, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1940.
104. PUGLIATTI, Salvatore, voce *Acquisto del Diritto*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume I, Giuffré, 1958.

105. PUGLIATTI, Salvatore, *La Volontà Elemento Essenziale del Negozio Giuridico*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Parte prima, Volume XXXVIII, Milano, Giuffré, 1940.
106. PUGLIATTI, Salvatore, *Trasferimenti Coattivi*, en *Il Diritto Civile nelle Pagine del Digesto*, a cura di Raffaele Caterina, Torino, UTET, 2008.
107. REALE, Miguel, *Introducción al Derecho*, Sexta edición, Traducción de Jaime Brufaut Prats, Madrid, Piramide S.A., 1984.
108. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, México, Editorial Porrúa, 1973.
109. RESCIGNO, Pietro, voce *Condizione (Diritto Vigente)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volumen VIII, 1961.
110. ROMANO, Santi, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, Giuffré, 1983,
111. RUBINO, Domenico, *La Compravendita*, Milano, Giuffré, 1952.
112. RUBINO, Doménico, *La Fattispecie e Gli Effetti Giuridici Preliminari*, Milano, Giuffré, 1939.
113. SACCO, Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, Quinta edizione, Torino, UTET, 1992.
114. SACCO, Rodolfo, con la Colaboración de Paola CISIANO, *Il Fatto, L'atto, Il Negozio, La Parte Generale del Diritto Civile*, 1, Torino, UTET, 2005.
115. SACCO, Rodolfo y De Nova, Giorgio, *Il Contratto, Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco*, Tomo primo, Torino, UTET, 1993.
116. SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele, *Il Possesso*, Seconda edizione, Milano, Giuffré, 2000.
117. SACCO, Rodolfo, *La Presunzione di Buona Fede*, en *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, Anno V, Cedam, Padova, 1959.
118. SACCO, Rodolfo, voce *Affidamento*, en *Enciclopedia del Diritto*, Volume I, Giuffré, Milano, 1958.

119. SACCO, Rodolfo, voce *Circolazione Giuridica*, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milano, Giuffré, 1960.
120. SACCO, Rodolfo, *La Presunzione, Natura Costitutiva o Impeditiva del Fatto, Onere della Prova*, en *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1957.
121. SALEILLES, Raymond, *La Posesión de Bienes Muebles, Estudios de Derecho Alemán y de Derecho Francés*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.
122. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Traducción del italiano de Agustín Luna Serrano, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964.
123. SCHLESINGER, Piero, *La Autonomía Privada y sus Límites*, en *Proceso & Justicia*, número 03, Lima, 2002.
124. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría General del Contrato*, Traducción del italiano por Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
125. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Traducción del italiano de Leysser León, Grijley, Lima, 2007.
126. SILVA VALLEJO, José Antonio, *El Artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Civil: Llave Maestra de la Teoría General del Derecho Civil y Procesal*, en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1985.
127. TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 149.
128. THON, Augusto, *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo, Indagini di Teoria Generale del Diritto*, Padova, Cedam, 1951.
129. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto Jurídico*, Segunda edición, Idemsa, Lima, 2001.
130. VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal, Parte General*, Segunda edición aumentada y actualizada, Lima, Editorial San Marcos, 2001.
131. VILLAVICENCIO AREVALO, Francisco, *La Facultad de Disposición*, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo III, Fascículo, IV, octubre-diciembre, MCML.

132. TUHR, Andreas von, *La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual*, en *Revista de Derecho Privado*, Año XII, Número 146, 1925.
133. ZARATE DEL PINO, Juan, *Curso de Derecho de Sucesiones*, Lima, Palestra Editores, 1998.
134. ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *Introduzione al Diritto Comparato*, Volume II, Traducción del alemán de Estella Cigna, Milano, Giuffrè, 1995.

SENTENCIAS PUBLICADAS

1. Casación N° 1017-97-PIURA, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 10.10.1998.
2. Casación N° 718-99-LAMBAYEQUE, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 27.06.2001.
3. Casación N° 1709-2004-HUÁNUCO, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 02.06.06.
4. Casación N° 1332-2009-CAJAMARCA, Publicado en el Diario Oficial el Peruano el 31.01.2011.